

# La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación

Óscar Alexis Agudelo-Giraldo (editor)

Jorge Enrique León Molina • Manuel Asdrúbal Prieto Salas  
• Juan Carlos Jiménez-Triana • Andrea Alarcón-Peña

# FILOSOFÍA 5

JUS-Filosofía y teoría del derecho es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas de la teoría y la filosofía del derecho; propicia y abre espacios para la investigación y la discusión de la filosofía, la teoría y la lógica aplicadas al derecho.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia de las transformaciones en estas áreas, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección, con la convicción de contribuir al debate y al avance de las discusiones teóricas y filosóficas en el campo del derecho.

#### OTROS TÍTULOS EN ESTA COLECCIÓN:

- Filosofía del Derecho
- Lógica aplicada al razonamiento del derecho
- Teoría jurídica y enseñanza del derecho

**ÓSCAR ALEXIS AGUDELO-GIRALDO:** Investigador en asuntos de metodología de la investigación jurídica, lógica de los sistemas jurídicos, teoría jurídica, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Profesor de Teoría del derecho y metodología de la investigación jurídica en la facultad de la Universidad Católica de Colombia. Máster en Filosofía del Derecho y Teoría jurídica. Ha impartido conferencias en universidades tanto colombianas como extranjeras. Ha publicado, entre otros títulos: *Teoría jurídica y enseñanza del derecho* (2015) *Lógica aplicada al razonamiento del derecho*. Segunda edición (2016) *Perspectivas del constitucionalismo* (2016). oaagudelo@ucatolica.edu.co

**JORGE ENRIQUE LEÓN MOLINA:** Docente-investigador perteneciente al grupo de estudios legales y sociales Phronesis, adscrito al centro de investigaciones socio-jurídicas de la Universidad Católica de Colombia. Experiencia en la investigación de temas como teoría del derecho, filosofía del derecho, lógica jurídica, metodología de la investigación, ética profesional y argumentación jurídica y litigio estratégico. jeleon@ucatolica.edu.co

**MANUEL ASDRÚBAL PRIETO SALAS:** Docente-investigador perteneciente al grupo de estudios legales y sociales Phronesis, adscrito al centro de investigaciones socio-jurídicas de la Universidad Católica de Colombia. Investigador en temas como teoría del derecho y lógica jurídica. Abogado consultor y litigante. maprieto@ucatolica.edu.co

**JUAN CARLOS JIMÉNEZ-TRIANA:** Abogado titulado con honores de la Universidad Católica de Colombia, Máster en Derechos de Daños con especialidad en Fundamentos para el Análisis del Derecho Privado de la Universidad de Girona, especialista en Derecho de los Negocios y Derecho procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, investigador del grupo de investigación Phronesis, Universidad Católica de Colombia. Abogado litigante y docente en pregrado y posgrado. jcjimeneztriana@ucatolica.edu.co

**ANDREA ALARCÓN-PEÑA:** Abogada de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Comercial y de los Negocios. Magíster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Doctora Cum Laude en Estudios jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia (España). Docente de la Universidad Católica de Colombia y de la Universidad Militar Nueva Granada.

Óscar Alexis Agudelo-Giraldo (editor)  
Jorge Enrique León Molina • Manuel Asdrúbal Prieto Salas  
• Juan Carlos Jiménez-Triana • Andrea Alarcón-Peña

# La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación



## FILOSOFÍA 5



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

Agudelo-Giraldo, Óscar Alexis

La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación / Óscar Alexis Agudelo-Giraldo, Jorge Enrique León Molina, Manuel Asdrúbal Prieto Salas, Andrea Alarcón-Peña y Juan Carlos Jiménez-Triana.-- Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018

190 páginas; 17x24 cm.-- ( Colección Jus Filosofía ; no. 5)

ISBN: 978-958- 5456-18-1 (impreso)

978-958- 5456-19-8 (digital)

I.Título II. Serie III- León Molina, Jorge Enrique IV. Prieto Salas, Manuel Asdrúbal V. Alarcón-Peña, Andrea VI. Jiménez-Triana, Juan Carlos

1. Derecho - investigaciones 2. Metodología en derecho. 3. Investigación jurídica

Dewey 340.07. ed. 21

## Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 27 de enero de 2018

2do concepto

Evaluación: 12 de marzo de 2018

© Universidad Católica de Colombia

© Óscar Alexis Agudelo-Giraldo (editor)

Jorge Enrique León Molina

Manuel Asdrúbal Prieto Salas

Juan Carlos Jiménez-Triana

Andrea Alarcón-Peña

Primera edición, Bogotá, D. C.

Junio de 2018

*Dirección Editorial*

Stella Valbuena García

*Coordinación Editorial*

María Paula Godoy Casasbuenas

*Corrección de estilo*

María José Díaz Granados M.

*Diseño de colección*

Juanita Isaza

*Diagramación*

Mauricio Salamanca

*Publicación digital*

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

*Impresión*

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

## Cómo citar esta obra

En APA:

Agudelo-Giraldo, O.A. (Ed.). (2018). *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*.

Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Agudelo-Giraldo, Óscar Alexis, ed. *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*.

Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2018.

## Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

## Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
**de Colombia**  
Vigilada Mineducación

**Facultad de Derecho**

**Grupo de investigación**  
**Phronesis**

**Línea de investigación**  
Teoría jurídica, filosofía del derecho y argumentación jurídica

**Proyecto de investigación**  
Metodología y paradigmas de la investigación jurídica



## Resumen

La presente obra es producto de la investigación que sustenta una relación tripartita entre la metodología de la investigación científica como categoría genérica, las formas de investigación que generan conocimiento jurídico, y los métodos de investigación extraídos desde las nociones de ciencia jurídica y ciencias auxiliares del derecho. Para ello, se recurre a la pregunta por los métodos de investigación que se emplean en la labor de generación de conocimiento jurídico, se substraen métodos desde la lógica, la semiótica, el análisis económico del derecho, la técnica legislativa y el derecho privado. Con ello, los autores sustentan el acoplamiento del punto de vista interno con el punto de vista externo en materia de metodología de la investigación jurídica.

### *Palabras clave*

Metodología, métodos de investigación, conocimiento jurídico, ciencia jurídica, punto de vista interno, punto de vista externo.

## **Abstract**

This work is the result of a research that supports a tripartite relationship between scientific research methodology as a generic category, forms of research that generate legal knowledge, and research methods drawn from the notions of legal science and the auxiliary sciences of law. To do this, the study poses questions about research methods used to generate legal knowledge, while using methods from logic, semiotics, as well as the economic analysis of law, legislative technique, and private law. Based on this, the authors support the connection between an internal point of view and an external point of view regarding the methodology of legal research.

## *Keywords*

Methodology, research methods, legal knowledge, legal science, internal point of view, external point of view.



## CONTENIDO

<b>Introducción</b> .....	11
<b>Capítulo 1. Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica</b> .....	17
Niveles de calificación.....	17
Validez .....	18
Vigencia .....	21
Legitimidad.....	23
Eficacia .....	26
Tipos de investigación en el conocimiento jurídico .....	28
Investigación hermenéutica .....	29
Investigación dogmática .....	31
Investigación sociojurídica .....	35
Investigación jurídico-filosófica .....	39
Referencias .....	42
<b>Capítulo 2. El método jurídico: entre la ciencia legal y las ciencias auxiliares del derecho</b> .....	45
Derecho y metodología de las ciencias .....	45
Derecho y método .....	49
De la ciencia jurídica a las ciencias del derecho .....	61
Referencias .....	67
<b>Capítulo 3. La semiótica jurídica como metodología.</b>	
Análisis lógico-semiótico de construcción de conceptos jurídicos.....	71
Introducción. Concepciones metodológicas básicas .....	71
La semiótica como forma de nominación de términos.....	75

Los problemas propios de la sintaxis .....	80
Determinación de signos lingüísticos dominantes .....	82
Composición lingüística del derecho.....	83
Lenguaje semióticamente normativo.....	85
Apéndice: discurso normativo, lógica y semiótica.....	89
Referencias .....	93
<b>Capítulo 4. Modelos lógicos como métodos de estudio sistémico del derecho.</b>	
Determinación de la operatividad de lenguajes ideales.....	95
Introducción: lenguajes ideales o expectativas de operación.....	95
La conmensurabilidad como forma de comprensión del lenguaje.....	96
La reducción como herramienta semántica.....	98
Lenguajes formales ¿para qué? .....	100
Reducciones entre lógicas modales.....	105
Lenguaje y mundos posibles: entre la realidad y la expectativa .....	112
Exigencias del modelo contrafáctico frente al modelo de realidades.....	114
Conclusiones .....	115
Referencias.....	116
<b>Capítulo 5. Metodología y método de la ciencia legislativa .....</b>	<b>117</b>
La disminución del poder legislativo .....	117
El papel del tribunal constitucional en la pérdida de poder legislativo .....	119
Epistemología legislativa .....	122
El ascenso de las ciencias sociales con las revoluciones burguesas.....	123
La legislación como ciencia social .....	125
El objeto de la ciencia legislativa .....	126
La confección de la metodología legislativa .....	128
Perspectiva interna.....	130
Perspectiva externa.....	132
Los pasos del método legislativo.....	134
Actividades de la fase prelegislativa .....	135
Actividades de la fase legislativa.....	135
Referencias .....	136
<b>Capítulo 6. Análisis económico del derecho: principales antecedentes metodológicos.....</b>	<b>139</b>
Aproximación metodológica .....	139
El <i>homo economicus</i> y el <i>behavioral law and economics</i> .....	142
Principales escuelas.....	145
Análisis económico del derecho ortodoxo.....	146
Escuela de la Nueva Economía Institucional o Neoinstitucionalismo .....	151

Escuela de la Elección Pública o Public Choice.....	154
Referencias .....	157
<b>Capítulo 7. Apuntes metodológicos para la comprensión y el estudio del derecho privado.....</b>	<b>161</b>
Planteamiento .....	161
Forma y sustancia en la aproximación a las prácticas jurídicas .....	162
Los propósitos de investigar el derecho privado .....	164
El formalismo y el instrumentalismo jurídicos como formas de segundo nivel para la comprensión del derecho privado .....	169
El formalismo de Ernest Weinrib y el internismo del derecho privado .....	170
El instrumentalismo jurídico y las visiones externas del derecho privado.....	173
Los objetivos del derecho de daños desde el análisis económico del derecho.....	174
Apuntes metodológicos del instrumentalismo y formalismo del derecho privado .	177
A modo de conclusión .....	181
Anexo. Cuadro resumen de los métodos expuestos .....	181
Referencias .....	182
<b>Conclusiones.....</b>	<b>185</b>



## INTRODUCCIÓN

En el año 1953, Heidegger dictaba una conferencia titulada “La pregunta por la técnica”, donde delimitaba, para el arte de preguntar, la posibilidad de abrir un camino como trayecto del pensar. La presente obra, que se titula *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación científica*, indaga acerca de los métodos de investigación que sirven como camino del pensar en los procesos de generación de conocimiento jurídico por vía de la científicidad.

La intención de la obra surge como una reacción a la reducción de las cátedras de metodología de la investigación jurídica a técnicas de escritura y análisis sintetizado del método científico. Desde luego, el análisis del método científico es imprescindible en tanto reglas de orden prescriptivo en la actividad investigativa, pero las facultades de Derecho, a partir de una tecnificación de la educación jurídica, han rezagado los aspectos metódicos y metodológicos de la investigación científica aplicada al conocimiento jurídico. Producto de ello, para una adecuada comprensión de la metodología de la investigación jurídica se deben articular dos unidades temáticas: i) el método científico; ii) las metodologías y los métodos de investigación.

Al encontrar una producción desbordada de textos de metodología de la investigación, cuyo propósito es presentar al lector los pasos del método científico —que no son lineales, sino circulares— se pretende, a través de esta obra, extraer métodos y metodologías de la investigación útiles para la generación de

conocimientos jurídicos, de tal manera que, recurriendo a la idea de Heidegger, constituyen trayectos para el pensar científico.

Para ello se apela al derecho como objeto de análisis científico desde los puntos de vista interno y externo. Desde el punto de vista interno, que alude a la posición del participante, sobresaldrán formas, métodos y metodologías de la investigación para el conocimiento jurídico desde el derecho en sí mismo. Para el punto de vista externo, que recurre a la posición del observador, persistirán otras formas, métodos y metodologías de la investigación, por fuera del derecho.

Ahora, si en términos de Heidegger la pregunta es determinante para el camino, como problema por resolver se plantea el siguiente interrogante: ¿qué metodologías y métodos de investigación jurídica existen a partir del punto de vista interno y el externo, la teoría de la argumentación jurídica, y los positivismos jurídicos incluyente y excluyente?

De esta manera, en el capítulo 1, “Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica”, se demuestra cómo la práctica de investigar en materia de conocimiento jurídico parte de hacer una medición —a lo que se denominan niveles de calificación— al derecho, las normas e instituciones jurídicas, las políticas públicas, los procedimientos, y los fines y propósitos. Para ello se postulan cinco niveles de calificación, cuya determinación es producto de un conocimiento transdisciplinar, así: validez, vigencia, legitimidad, efectividad y eficiencia. Luego, a partir del desarrollo de cada uno de los niveles de calificación, sobrevienen formas de investigación en el conocimiento jurídico, las cuales tendrán correspondencia uno a uno con los niveles de calificación. Por último, se sustenta que el agente investigador tiene la posibilidad de proceder desde un único nivel de calificación y un tipo de investigación, que se denomina análisis interno; asimismo, frente a la posibilidad de proceder en el análisis combinatorio de dos o más niveles de calificación y tipos de investigación, denominado análisis externo.

En el capítulo 2, “El método jurídico: entre la ciencia legal y las ciencias auxiliares del derecho”, partiendo de una cadena deductiva, se demuestra la relación secuencial entre: metodología de la investigación científica-metodología de la investigación jurídica-métodos de investigación jurídica. Para ello se presenta como hipótesis que la teoría de argumentación jurídica, al deslindar en casos concretos los problemas jurídicos de los problemas de investigación, cambia de manera parcial la forma de interpretar los procesos de investigación científica en

el conocimiento jurídico. Desde luego, si la metodología se ocupa del estudio de los métodos, acto seguido se formula la pregunta por el método jurídico y los métodos de investigación, donde se presentan métodos desde y por fuera del derecho. Luego, serán precisamente estas dos formas de extraer métodos las que permiten la presentación de los niveles de investigación desde el aspecto normativo del derecho, a lo que corresponderá el modelo de ciencia jurídica, y desde el aspecto factico, que comprende las dimensiones social y política del derecho, y que sitúan al modelo de ciencias auxiliares del derecho. A partir de estos dos niveles de investigación, en el que el primero privilegia el punto de vista interno, y el segundo el punto de vista externo, se abre paso a los capítulos que prosiguen, unos vistos desde el plano normativo del derecho, otros desde su plano fáctico.

En el capítulo 3, “La semiótica jurídica como metodología. Análisis lógico-semiótico de construcción de conceptos jurídicos”, se plantea una alternativa de construcción de lenguajes lógico-jurídicos que permitan el estudio metodológico del derecho. A partir de la semiótica jurídica impulsada por Kalinowski, se muestra que el estudio semiótico del derecho consiste en la determinación de conceptos jurídicos con base en la delimitación de la dimensión semiótica a la que pertenecen; el planteamiento de un método semiótico implica que el derecho puede estudiarse por medio de conceptos jurídicos determinados deductivamente.

En el capítulo 4, “Modelos lógicos como métodos de estudio sistémico del derecho. Determinación de la operatividad de lenguajes ideales”, se plantea la construcción de lenguajes lógico-jurídicos que ejemplifican relaciones modélicas de análisis normativo; a partir de la conmensurabilidad se plantean relaciones de reducción y transformación como métodos para la asimilación de operaciones sistémicas en la relación entre conjuntos modelo en el campo jurídico; lenguajes que, al final, describen un modelo de realidades que justifica la construcción de conjuntos contrafácticos de estudios normativo-jurídicos.

En el capítulo 5, “Metodología y método de la ciencia legislativa”, se aborda la problemática de la pérdida de relevancia del poder legislativo en la construcción de la teoría del derecho, la cual se evidencia en las dos fases históricas del positivismo jurídico, el llamado paleo-positivismo y el positivismo propiamente dicho. Seguidamente, se estudian los problemas epistemológicos derivados de la calificación científica al ejercicio legislativo en una sociedad; para tal fin se identifican los componentes básicos en la estructuración de un lenguaje científico

plausible (objeto y método), y el modo en que la función productora de normas puede satisfacer dichos componentes. Producto del debate epistemológico legislativo se hace una primera aproximación a la metodología de la investigación jurídico-legislativa con fines prescriptivos, es decir, que a través de la metodología se diseñan las reglas de su método. Por último, con el método legislativo se proponen una serie de pautas o pasos que deben tenerse en cuenta para la adecuada producción de normas racionales, eficaces, entendibles y éticas.

En el capítulo 6, “Análisis económico del derecho: principales antecedentes metodológicos”, atendiendo al aspecto fáctico del derecho y, a partir de una interpenetración entre el sistema jurídico y el sistema de la economía, el análisis económico del derecho se presenta como un método de investigación útil para la generación de nuevos conocimientos, en el que se adopta la eficiencia como nivel de calificación. Para ello, el punto de partida será el problema del restablecimiento de la justicia como una situación de índole económica, y cómo, al mismo tiempo, las decisiones judiciales pueden influir en el campo de la economía. Luego, se recurre a los postulados básicos de la economía del bienestar y se postulan los dos enfoques del método: i) el positivo; ii) el normativo. Por último, con el ánimo de presentar los antecedentes metodológicos, se hace un análisis en perspectiva crítica de las escuelas que históricamente han desarrollado el método.

En el capítulo 7, “Apuntes metodológicos para la comprensión y el estudio del derecho privado”, se abordan los aspectos metodológicos del derecho privado como un campo de estudio particular dentro de las diferentes formas de regulación. En este apartado se sostiene que existen dos niveles de estudio que permiten llevar a cabo una investigación sobre los conceptos y las instituciones del derecho privado.

El primer nivel se refiere a una actividad encaminada a la descripción y explicación del fenómeno jurídico. Dentro de esta existen dos formas particulares de estudio: una basada en la revisión conceptual y sistemática del derecho privado, y otra que se basa en la comparación de formas de ordenación de este derecho, con marcos de referencia que permiten, por medio del método comparatista, presentar información para una mejor explicación del derecho privado.

En lo que corresponde al segundo nivel se revisan las dos grandes propuestas académicas de estudio del derecho privado, esto es, el instrumentalismo y el formalismo. Frente a este primero se aprecia su punto de vista externo y



mayoritariamente funcional en cuanto a su pretensión de revisión de la práctica jurídica conforme a los objetivos que le sean propuestos. Por su parte, el formalismo privilegia el punto de vista interno del derecho privado, y pretende presentar una comprensión desde la coherencia interna de los conceptos y las instituciones que, vistas como una unidad, hacen de este derecho una práctica que se autocomprende y que no tiene otro fin distinto que el de ser derecho privado.

Finalmente, se hacen algunos apuntes frente a las investigaciones normativas y funcionales, en los que se defiende que estas propuestas no son rivales en el campo de estudio del derecho privado, sino que son maneras distintas de abordar esta forma de regulación y corresponden a preguntas de investigación diferentes.

Tras la lectura final del libro el lector estará en posibilidad de inferir el triunfo del dualismo metodológico en materia de metodología de la investigación jurídica y, atendiendo a las posiciones internistas, del acoplamiento entre los puntos de vista interno y externo como un único punto de vista que abre paso a próximas investigaciones. De esta manera, en el texto se rescatan algunos métodos y metodologías en la ciencia de la legislación y la lógica, así como la sociología, la dogmática, la hermenéutica y la metodología jurídicas y el derecho privado. Su extensión a otros subsistemas del sistema jurídico –penal, constitucional, etc.– queda abierta para una próxima investigación.

El texto se presenta como resultado de investigación del proyecto “Metodología y paradigmas de la investigación jurídica”, del Grupo de estudios legales y sociales Phronesis, adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.



# LOS CALIFICATIVOS DEL DERECHO EN LAS FORMAS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA\*

Óscar Alexis Agudelo Giraldo\*\*

## Niveles de calificación

Al ser la metodología de la investigación jurídica una disciplina para la generación de conocimiento jurídico que no distingue entre tipos de sistemas normativos (penal, civil, constitucional), los párrafos aquí expuestos se presentan con vocación de generalidad.

Por regla general, la investigación científica o académica aplicada al conocimiento jurídico parte de una calificación, es decir, poner bajo examen al derecho, las normas jurídicas, las instituciones y los procedimientos legales.

En este capítulo se demostrará cómo, de acuerdo con la vocación de generalidad, en la metodología de la investigación jurídica se tiende a calificar sobre el derecho y demás: su validez, vigencia, legitimidad moral, legitimidad democrática, su eficacia, efectividad y eficiencia, para concluir que el investigador en

---

\* El presente capítulo es producto de la investigación titulada: "Metodología y paradigmas de la investigación jurídica", desarrollada por el Grupo de estudios legales y sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia.

\*\* Investigador adscrito al grupo de estudios legales y sociales Phronesis. Docente de Métodos de Investigación a nivel de pregrado y posgrado, Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho.

derecho, una vez identificado su objeto de estudio, deberá asimilar sobre cuál o cuáles de los niveles de calificación procederá. Para aquellos casos donde la investigación procede únicamente sobre uno de los niveles de calificación que aquí se presentarán, se ha acuñado el uso del término análisis interno; si, por otro lado, el investigador identifica varios niveles de calificación en forma simultánea, acuñaremos la expresión análisis externo.

Por último, desde el análisis interno, para cada nivel de calificación sobrevenirán tipos de investigación jurídica, metodologías y métodos de investigación por emplear. El análisis externo permitirá demostrar que, a partir de los problemas de investigación que se afrontan, no le es vedado al investigador mezclar distintas metodologías y métodos, y diferentes tipos de investigación, lo que supone una superación del monismo metodológico.

A su vez, la presentación de los niveles de calificación sucederá secuencialmente así: primero se desarrollarán los niveles que corresponden al análisis del derecho desde el punto de vista normativo, lo que demarcará los estudios típicos de la ciencia legal; segundo, se presentarán los niveles de calificación con los que se interpreta al derecho desde el punto de vista fáctico, para dar lugar a ciencias auxiliares del derecho.

### *Validez*

Este es un nivel de calificación que se desarrolla desde el aspecto normativo del derecho. Ello implica, por tanto, que el método sistemático de investigación marca la forma de este nivel de calificación<sup>1</sup>. Su pretensión es contrastar una norma jurídica ya existente, o en proceso de elaboración<sup>2</sup>, con las demás normas del sistema jurídico. Este nivel de calificación procede en tres momentos:

1. *Ex ante*, cuando se trata examinar, por criterio de sistematización, la armonía entre la futura norma jurídica que se encuentra en proceso de creación, con las normas del sistema jurídico ya existente.

.....  
<sup>1</sup> Su propósito será la ordenación de conocimientos con el fin de agruparlos de manera coherente. En el caso del derecho implicará la agrupación de normas jurídicas evitando incoherencias para el sistema legal, lo que conlleva la ausencia de contradicciones normativas que darán lugar a juicios de validez (Ponce de León, 1996).

<sup>2</sup> Tratándose de este nivel de calificación, en el examen de validez para las normas en proceso de elaboración subsiste metodológicamente el uso de la técnica legislativa donde, en los ámbitos de racionalidad de la ley se estudia, entre otros casos, su racionalidad jurídico-formal, la cual supone un examen armónico de validez por vía de sistematización (Campos, 2006).

2. *Ex post*, cuando se somete a contrastación una norma jurídica que ya existe dentro del sistema jurídico con las demás normas también existentes.
3. *Pro futuro*, cuando desde un caso hipotético que se adscribe a un futuro mediático no lejano, se examina si la posible respuesta a partir del derecho existente es o no válida.

Es de recalcar que la contrastación procede frente a dos tipos de normas: i) las de orden superior; ii) las de orden jerárquico similar.

Según lo dicho, la validez como nivel de calificación implica un examen de jerarquías normativas (Ferrer, 2011). En este momento, la forma *ex post* de este nivel de calificación presenta adicionalmente la relación entre normas de orden internacional con las de orden local o nacional.

En el desarrollo de las jerarquías normativas ocurren usualmente los siguientes eventos:

1. Que en el momento *ex ante* se evidencie por vía de interpretación, que la futura norma jurídica se contradice con una norma de orden jerárquico similar.
2. Que en el momento *ex ante*, de nuevo se evidencie una contradicción pero, con una norma de superior jerarquía.
3. Que en el momento *ex post* se encuentre que la norma jurídica ya existente se contradice con una norma de igual jerarquía.
4. Que en el momento *ex post* se concluya que la norma jurídica ya existente se contradice con una norma de superior jerarquía.
5. Que en el momento *pro futuro*, la respuesta por parte de una norma jurídica existente sea inválida frente al caso hipotético.

Para el momento uno, al ubicarse en una fase legislativa o de confección normativa, el investigador debe advertir que la futura existencia de la norma causará incoherencia en el sistema jurídico. Para ello se puede servir metodológicamente de la técnica legislativa (Campos, 2006).

Para el momento dos, al constituir una contradicción con normas de orden superior, el investigador deberá adoptar el rol de intérprete constitucional, delimitando la razón por la cual el proyecto de norma jurídica está viciado por inconstitucionalidad.

Para el momento tres, el investigador deberá proceder al uso de dos principios típicos que dan solución parcial a las contradicciones normativas: por un lado, el

principio *lex posterior* deroga ley anterior; por el otro, el de ley especial prima sobre ley general (Maynez, 2006).

Para el momento cuatro procede específicamente el uso del principio de superioridad jerárquica constitucional.

Para el momento cinco, el investigador deberá recurrir, desde la técnica y racionalidad legislativa, a una metodología de la investigación *lege ferenda* (La Torre, 2011).

De acuerdo con lo dicho, la validez como nivel de calificación demarcará un criterio de pertenencia de la norma al sistema jurídico. En este sentido, toda norma que pertenece a su sistema es capaz de obligar a sus destinatarios (Navarro, 1996). Al respecto, la tradición jurídica continental ha distinguido entre dos tipos de validez: la formal y la sustancial.

La validez formal correspondió a una validez de tipo procedimental. Su argumento estaba basado en la confianza en la autoridad del derecho y las normas de competencia que los facultaban. De esta forma, la validez formal corresponde a la idea según la cual una norma jurídica fue elaborada conforme al procedimiento legal y constitucional de creación normativa. Así, al recurrir a las normas de competencia, en el procedimiento legal son los legisladores quienes originalmente cuentan con la facultad para proceder a la elaboración de normas. Sin embargo, el vicio del arquetipo formal viene dado en su ausencia de control sobre el contenido normativo. Al apostar a una tesis del legislador racional se suponía antiguamente que a toda norma se le debía obediencia pues provenía de la autoridad del legislador (Ródenas, 2007).

Resultados históricos demuestran para el derecho que en el examen de validez, como un examen de pertenencia, la forma de la norma no agota el calificativo jurídico. Fue necesario entonces entender que sobre las normas también procede un examen acerca de su contenido, donde los derechos fundamentales determinarán el límite de lo que puede y no puede ser derecho; aparece así el paradigma de validez sustancial.

Por tanto, en el nivel de calificación de validez es obligación del investigador someter a objeto de análisis las dos formas de validez normativa, por lo que resulta que:

1. Pueden existir normas jurídicas cuyo contenido no es contrario a las cláusulas constitucionales y a los derechos fundamentales, pero pueden ser

normas no elaboradas desde el orden legislativo, y se encuentra así ausencia de validez formal frente a los casos de creación judicial del derecho.

2. Pueden existir normas jurídicas elaboradas conforme al procedimiento legislativo y por parte de la autoridad del legislador, pero su contenido se contradice con normas de orden superior (normas constitucionales, derechos fundamentales).

Ambos eventos han sido sintetizados a partir del orden interno de los sistemas jurídicos. Con la consolidación de un orden global y el derecho internacional obra un nuevo resultado:

1. Pueden existir normas jurídicas que en el orden local fueron elaboradas por la autoridad del legislador sin violentar desde su contenido derechos fundamentales. Sin embargo, puede que el contenido de la norma jurídica no reproduzca contenidos ya impuestos por el derecho internacional, que deben reproducir las normas del derecho local, lo que da lugar a un nivel de invalidez supranacional (Ferrajoli, 2004).

Por último, el nivel de calificación de validez se hace presente cuando el agente investigador toma el rol de juez y pretende, a través de su investigación, delimitar un criterio de decisión para un problema jurídico cuya respuesta no es unívoca. En este sentido, metodológicamente son los jueces quienes deben examinar la validez de las normas jurídicas antes de proceder en su aplicación. A esta operación, desde el nivel de calificación de la validez, se le ha denominado aplicabilidad de normas jurídicas. A la postre, los estudios de aplicabilidad pueden constituir una metodología de la investigación jurídica (Navarro, 1996).

### *Vigencia*

Del primer nivel de calificación—la validez—surge la vigencia, que también parte del análisis del derecho desde el plano normativo y que, con la validez, a partir del análisis externo, se conjugarán en el desarrollo de distintos problemas de investigación.

Los estudios de vigencia corresponden al examen a partir del cual se puede delimitar que una norma jurídica existe; sin embargo, existencia no demarca pertenencia (Serrano, 1999). Para determinar el ámbito de existencia normativa

se deben considerar dos factores: i) el ámbito temporal, ii) el ámbito espacial (Delgado, 1990).

En la medida en que una norma jurídica existe se puede decir que produce efectos en cada uno de sus destinatarios. En el ámbito temporal de la vigencia, una norma puede producir efectos en los siguientes aspectos:

1. Retroactividad: que de manera genérica constituye una prohibición a partir del derecho penal, en tanto la norma jurídica produce efectos a partir de su entrada en vigencia y no hacia hechos pasados a su existencia. Sin embargo, en materia de metodología de la investigación jurídica, el investigador puede proceder a estudios acerca de la aplicación favorable para casos de leyes retroactivas.
2. Ultraactividad: la cual ocurre en aquellos casos donde una norma que ya no existe dentro del sistema jurídico sigue produciendo efectos en tiempo presente. La ultraactividad suele ocurrir por la derogación como modalidad legislativa, cuya característica corresponde a una eliminación parcial de la norma. A la postre, la pregunta que de aquí deriva será si en los estudios de derogación procede una dinámica o estática jurídica (Saucá, 2008).
3. Restrospectividad: se da en aquellos casos donde una situación jurídica no se somete a la aplicación cronológica de distintas normas jurídicas que la regulan, sino que se somete a la vigencia prolongada desde el caso, de la norma jurídica que inicialmente le era aplicable.

En el ámbito espacial de vigencia una norma produce efectos de acuerdo con las modalidades de:

- Territorialidad absoluta.
- Territorialidad relativa.
- Derecho global.
- Derecho internacional.

Será precisamente el ámbito espacial –al que otros denominan como ámbito espacial de validez– el que permita proceder, desde el análisis externo, a su combinación con el nivel de validez. Esto ocurrirá cuando las normas del orden local sean acordes con las normas del orden internacional, donde su ausencia de reproducción puede limitar su validez sustancial (Cubides, 2016).



De esta forma se extrae como apotegma que no toda norma jurídica, por el hecho de ser vigente, necesariamente es válida.

Po último, atendiendo al análisis externo se pueden representar los dos primeros niveles de calificación, así (Tabla 1):

**Tabla 1.** Validez y vigencia

<b>Vigencia</b>	<b>Validez</b>
Binario	Gradual
Fáctico	Valorativo
Interno al sistema	Interno al sistema
Textual	Textual

Fuente: Serrano (1999).

El nivel de calificación de la vigencia es binario en tanto las normas jurídicas existen o no al interior de los sistemas, mientras que el nivel de calificación de validez es gradual pues pueden concurrir juicios de validez formal –invalidez sustancial o invalidez formal– y de validez sustancial. Por otro lado, el juicio de vigencia es fáctico ya que la existencia de la norma solo se puede soportar en hechos (teoría de las fuentes sociales del derecho), y el juicio de validez es valorativo al contrastar la forma y el contenido de las normas. Lo que sí tienen en común es el rasgo de ser internos al sistema jurídico pues constituyen las formas clásicas de hacer análisis desde la ciencia jurídica, y ser al mismo tiempo textuales pues ambos parten de la estructura lingüística de la norma jurídica.

### *Legitimidad*

Este es un nivel de calificación que procede desde el aspecto fáctico del derecho, donde subyace su dimensión política. Su desarrollo se debe, entre otros, a la teoría política, la ética y la filosofía moral. Su punto de anclaje será la revalorización del concepto de validez normativa, sustentado a partir del precepto de legalidad.

Resulta consecuente que, en ocasiones, una norma jurídica es válida en sentido dual –formal y sustancial– pero: i) puede que no sea coherente con principios de ética discursiva, donde se posiciona la moral o; ii) puede que su existencia no sea producto de un consenso social, y persista un juicio crítico de no aceptación por parte del sistema social.

Para la primera posibilidad se delimita una legitimidad moral; para la segunda, una legitimidad democrática.

La primera, legitimidad moral, fijará como pregunta problema si la moral presupone al derecho y, por tanto, si este se justifica a partir de aquella. En este sentido Weber, y luego Habermas, determinarían que la legalidad implica legitimidad (Vernengo, 1992, p. 267).

Esta forma primigenia de legitimidad tendrá como sustento teórico la ética discursiva, de acuerdo con la cual solo las normas jurídicas que pueden ser aceptadas en los discursos práctico-morales podrán ser legítimas. Desde la ética discursiva, para el nivel de legitimidad se incluyen, recurriendo a la moral, tres dimensiones frente al derecho, las instituciones y los procedimientos, que marcarán categorías de investigación:

1. La justicia como un problema deontológico.
2. Las metas colectivas o fines comunes como un problema teleológico.
3. El sistema de valores como un problema axiológico (Tuori, 1988, p. 51).

Los puntos 1 y 2 se adscribirán a la forma moral de legitimidad, en tanto su objetivo será delimitar condiciones mínimas de moralidad para el derecho, donde obran los valores y la justicia, y de lo que sobrevendrá parte de lo que se denomina la investigación jurídico-filosófica.

Sin embargo, con Habermas (2005) se zanja un puente entre legitimidad moral y legitimidad democrática, marcado a partir de los procedimientos de elaboración de normas jurídicas donde la democracia, el parlamento y las constituciones han cimentado la teoría del discurso práctico racional, que tendrá como punto de partida la idea de conciencia moral.

Para ello, la legitimidad democrática corresponderá, entre otros casos, a los problemas teleológicos que se dimensionan a partir de la relación derecho-moral que, a su vez, se encuadran en la consecución de metas colectivas y, por tanto, dimensionarán a la democracia como forma de participación política y crítica de los sistemas jurídicos. De ahí que la crítica de un régimen político y positivo se origina en la legitimidad como nivel de calificación cuyos criterios surgen de pautas de contenido ideológico.

La relación derecho-política se encuentra mediada por otro vínculo de tipo metodológico que presentan la filosofía política y la filosofía jurídica. Por el lado de la filosofía política, su objeto obra en las formas del poder que, traslapado

a la filosofía jurídica, se proyecta en la democracia como forma de poder en la generación, nominación y protección de derechos a grupos sociales tradicionales, marginales y nuevos generacionalmente (Bobbio, 1997).

Ahora, al recurrir a fundamentos de filosofía política resultan también como unidades de análisis las decisiones políticas sobre cuestiones de justicia. Por tanto, acudiendo a Waldron, obra como doble preocupación de la filosofía política:

1. La teorización acerca de la justicia.
2. La teorización acerca de la política (Waldron, 2005, p. 10).

Por otro lado, en materia de derecho y filosofía jurídica, su relación con la justicia evoca en tiempos modernos la exigencia y nominación de nuevos derechos a través de mecanismos democráticos, donde la filosofía política será la relación entre “una propuesta jurídica, su pretensión de justicia y su adecuación con la doctrina vigente” (Waldron, 2005, p. 11).

Según lo dicho, resulta inescindible la intersección entre la filosofía política y la filosofía jurídica, desde el valor de la democracia. Sin embargo, históricamente la democracia no ha tenido un valor uniforme en la transición de los tipos de Estado que obran en los albores de la filosofía político-jurídica, por lo que se debe recurrir aquí a la forma en la que cronológicamente, con el acaecimiento del Estado moderno de derecho, la democracia y, por tanto, la política, entran a ser un factor ligado a los derechos básicos de acuerdo con la tradición liberal, para luego convertirse en un factor problemático en relación con las tesis constitucionalistas fuertes (Elster, 2001).

Sintetizando, en la legitimidad democrática sobrevendrá metodológicamente un nivel de calificación para la investigación jurídica que proyecta la relación derecho y política desde:

- La nominación de derechos a favor de grupos sociales.
- El alcance, por parte del derecho, de metas colectivas.
- Los problemas relativos a la regla de la mayoría.
- La pérdida de legalidad de las normas, las instituciones, las políticas públicas y las decisiones estamentales por ausencia de adhesión popular.

### *Eficacia*

Este es el nivel de calificación que por excelencia se desarrolla atendiendo al aspecto fáctico del derecho. De manera primigenia atiende, desde el punto de vista externo, al cumplimiento por parte de los destinatarios de las reglas jurídicas y sociales. Por tanto, es una figura orientada al valor de cumplimiento de las normas jurídicas. Sin embargo, presenta subdivisiones que postulan, a su vez, subniveles de calificación como: la eficacia de cumplimiento, la eficacia de sanción, la efectividad del derecho a través de las normas y las políticas públicas, y la eficiencia como calificativo economicista.

La eficacia de cumplimiento se encuentra destinada a los estudios de eficacia normativa, y encuentra en la forma de investigación jurídico-social las técnicas y los instrumentos de medición concretos. La pregunta inicial de este nivel de calificación será si los destinatarios de las normas jurídicas cumplen con el supuesto de hecho proyectado. Para ello pueden ocurrir dos posibilidades:

- a. Que se cumpla con el contenido fáctico de la norma porque ha sido hecha para cumplirla.
- b. Que se incumpla con el contenido fáctico de la norma porque ha sido hecha para incumplirla.

El segundo evento de la eficacia de (in)cumplimiento se concreta a partir de la denominada lógica de la satisfacción normativa que equivale a una lógica del cumplimiento<sup>3</sup>.

Por otro lado, existe la denominada eficacia de sanción donde, frente al problema del cumplimiento, el destinatario no será un sujeto indeterminado, sino que estará calificado en el órgano encargado de administrar justicia. Esta forma de eficacia se da en aquellos casos donde no se aplica la sanción por la violación de una norma<sup>4</sup>.

3 Esta lógica implica la relación entre normas jurídicas e imperativos contrarios al deber, donde la existencia de una norma jurídica que otorga pena privativa de la libertad al homicidio solo se satisface en la medida en que el destinatario despliega la acción contraria al deber-matar. Al respecto véase Alarcón (1999).

4 Por ejemplo, las investigaciones en derechos humanos que, en el contexto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tratan de delimitar la responsabilidad estatal, derivada de una ausencia de juzgamiento por parte de la jurisdicción interna, emanada de las denominadas garantías secundarias, equivale a una investigación proyectada a través del nivel de calificación de la eficacia de la sanción. Sobre garantías secundarias véase a Ferrajoli (2004).

Sintetizando las dos formas específicas de eficacia normativa se puede decir que la eficacia de cumplimiento se adscribe al marco de las leyes primarias y la de sanción se adscribe a las leyes secundarias<sup>5</sup>.

De la eficacia normativa se desprende el calificativo de efectividad. Sobre su origen persisten dos posiciones:

- a. La efectividad como condición de validez en la construcción, de Kelsen.
- b. La efectividad desligada de la eficacia como categorías autónomas pero interpenetrables.

La efectividad sugiere una remisión a los fines de la actividad del legislador. Metodológicamente ello implica indagar por los fines o propósitos de la legislación, donde la pregunta de investigación será si la norma jurídica o política pública logra o no cumplir con los fines que se ha propuesto. Por ello, la efectividad del derecho supone su idoneidad, la cual lo liga como un instrumento útil para el alcance de un objetivo predeterminado (Serrano, 1999).

Por último, como un calificativo elaborado a partir de las ciencias económicas, persiste la eficiencia como subnivel de calificación de la eficacia. Su punto de partida será homogéneo con la efectividad, marcado por la pregunta acerca de la consecución del fin. Sin embargo, en adición, someterá el alcance del fin o propósito proyectado a los términos de un costo razonable (Calsamiglia, 1987).

La eficiencia a través del derecho propenderá, por tanto, por una maximización de beneficios y una minimización de costos de transacción, de tal manera que supedita el alcance del fin a una cuestión de medios (Paz, 1995).

En relación con lo dicho es posible concluir que:

1. Los niveles de calificación de eficacia de cumplimiento y de sanción enriquecerán a las investigaciones jurídico-sociales.
2. Sin embargo, recurriendo al análisis externo, las distintas formas de eficacia pueden confluir en investigaciones de tipo hermenéutico donde se resalta, entre otros, a la metodología de la técnica legislativa la cual, desde un punto de vista mixto, recogerá tanto los ámbitos de validez y vigencia, como los ámbitos de eficacia, efectividad y eficiencia.

.....  
5 Para una distinción entre leyes primarias y secundarias véase Moreso (1986).

3. Al adscribirse inicialmente la eficacia a los estudios sociojurídicos se supondría que sus subdivisiones asumirían la misma categorización. Sin embargo, en alusión al nivel de eficiencia, el análisis económico del derecho se ha construido como método de investigación. Este comparte con la investigación sociojurídica la preocupación acerca de una de las formas de eficacia, pero su desarrollo obra en las bases de la teoría jurídica, razón por la cual el investigador que asume el método del análisis económico del derecho proyecta las perspectivas del participante y del observador de manera simultánea en el proceso de investigación jurídica.

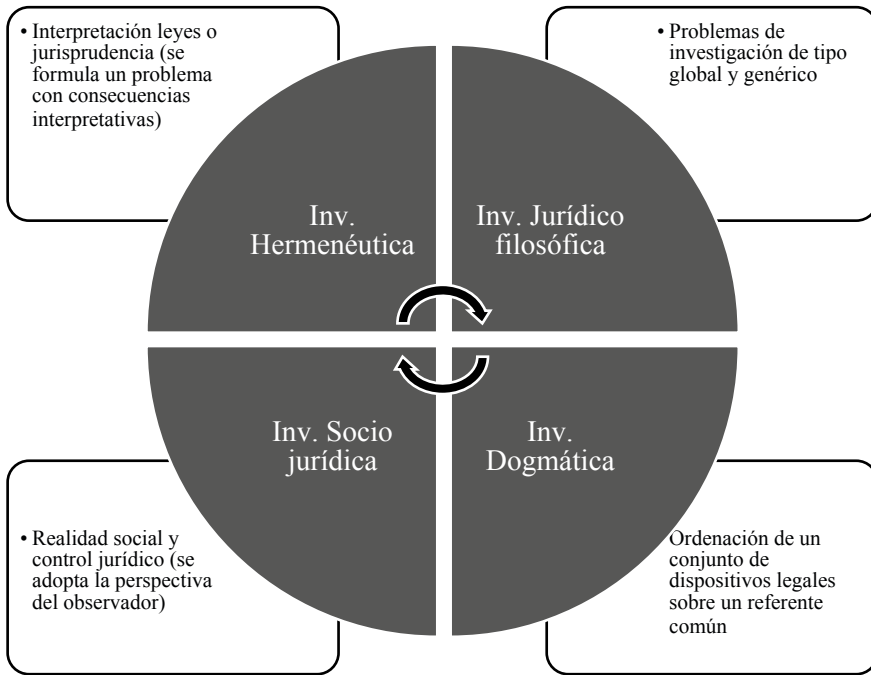
### **Tipos de investigación en el conocimiento jurídico**

El desarrollo de los niveles de calificación facilitará la existencia de tipos de investigación para el conocimiento jurídico. De igual manera, el análisis interno proporciona una explicitación separada de las formas de investigación; el análisis externo permitirá concluir que los tipos de investigación pueden confluir de acuerdo con los problemas de investigación que se deben enfrentar (Figura 1).

En este sentido, la relación de correspondencia con los tipos de investigación será así:

1. De los niveles de validez y vigencia surgen las investigaciones hermenéutica y dogmática.
2. De los niveles de legitimidad moral y democrática emerge la investigación jurídico-filosófica
3. Del nivel de eficacia y sus subformas –eficiencia y efectividad– emana la investigación sociojurídica.

• Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica.



**Figura 1.** Formas de investigación en el conocimiento jurídico

Fuente: elaboración propia.

El paso posterior a la presentación de los tipos de investigación será su delimitación a partir de la forma en la que se interpreta el derecho: como una ciencia legal o desde ciencias auxiliares a este.

La propuesta de estas cuatro formas genéricas de investigación deviene, a manera de estado del arte, de la investigación desarrollada por Zorilla (2011). A continuación, a partir de su propuesta, se presentarán los tipos de investigación, adicionando contenidos a partir de lo que en este texto se ha desarrollado.

### *Investigación hermenéutica*

Inicialmente, esta forma de investigación obra como especie de la investigación dogmática. Su propósito estará delimitado a atribuir significado y contenido –alcance normativo– a la normatividad jurídica, donde alcanza a la jurisprudencia (Zorilla, 2011).

En sus inicios, esta forma de investigación se limitaba a un análisis gramatical de los textos normativos, situación por la cual usualmente obra entre sus métodos de investigación el analítico. Sin embargo, para atribuir significado y contenido a una norma jurídica o jurisprudencia específicas, requería el empleo de distintos métodos de investigación, donde los cánones de interpretación legal jugaran de manera ambivalente como dichos métodos (Mazzarese, 2008).

Frente a las formas de ser empleada presenta dos momentos:

Momento descriptivo: donde el problema de investigación que se afronta es el del significado de la norma jurídica objeto de estudio.

Momento proyectivo: donde el problema de investigación no es el significado y contenido que se atribuye a la norma jurídica. El problema por resolver es cuáles serán las consecuencias para el sistema jurídico del significado y contenido que se atribuyen a la norma jurídica (Zorilla, 2011).

En el desarrollo del primer momento o la primera forma de investigación hermenéutica el investigador deberá recurrir al uso de:

- Métodos de interpretación legal.
- Teorías de la interpretación.
- Argumentos interpretativos.

Con el uso metodológico y articulado de estas herramientas el investigador estará en capacidad de sostener un significado y contenido específicos para la norma objeto de estudio. Aquí, el distinto uso de métodos interpretativos dará lugar a un examen de prueba y error donde, en conexión con el nivel de calificación de validez, el resultado interpretativo que el investigador defienda como el correcto será aquel que cumple con el criterio de sistematización del derecho.

Sin embargo, al ser objeto de estudio una única norma jurídica, ello no limita la posibilidad de atribuir contenido a partir de un análisis interrelacionado con las normas del sistema jurídico.

Para la forma segunda de la investigación hermenéutica o momento proyectivo, el investigador deberá recurrir, aparte de los métodos asignados al momento 1, al uso de la futurología como método de investigación, a través del cual deberá prever los efectos profuturo del significado y contenido que se atribuye a la norma objeto de estudio<sup>6</sup>.

6 Sobre el uso del método de la futurología véase Vergara, Maza y Fontalvo (2010).



Luego, del significado y contenido atribuidos, sumado a la proyección de efectos dentro del sistema jurídico, proviene la fase segunda de la investigación hermenéutica. Esta fase marca dos posibilidades: por un lado, asumir que la delimitación del alcance de la norma jurídica resulta insuficiente, en tanto puede ser una norma jurídica de textura abierta –cargada de términos ambiguos o vagos– razón por la cual se propende a través de la investigación por una solución por vía legislativa; situación que da lugar a la elección de una metodología de *lege ferenda*. Por el otro, asumir que el vicio interpretativo que afecta la claridad de la norma jurídica puede ser saneado a partir de un criterio interpretativo proveniente de la actividad judicial –ejemplo, sentencias interpretativas– recurriendo a una metodología de *lege data* (La Torre, 2011).

### *Investigación dogmática*

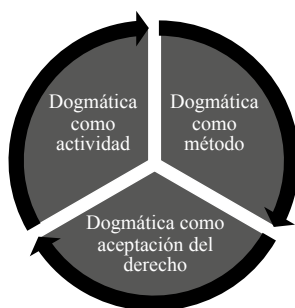
Esta investigación explota de manera amplia el aspecto normativo del derecho, su propósito es “agrupar y unir de forma ordenada un conjunto de dispositivos legales sobre un referente común” (Zorilla, 2011). Por supuesto, lo que tienen en común los dispositivos legales en la investigación dogmática serán los problemas. Esto quiere decir que a partir de la formulación de un problema jurídico el investigador comienza a hacer la selección de un conjunto normativo que, por relación de unidad, regula por vía fáctica o conceptual el problema al que alude. Su segundo propósito será entonces, de nuevo acudiendo al criterio de sistematización, encontrar un elemento a partir del cual se pueda sostener el análisis interrelacionado de distintos órdenes normativos, por lo que ubica así el dogma jurídico, cuyo descubrimiento requiere del empleo del método inductivo.

Al respecto, frente a la dogmática proceden cinco definiciones:

1. La dogmática como actividad propia de los estudiosos del derecho.
2. La dogmática como el estudio del derecho que parte de la práctica legal.
3. La dogmática como las opiniones valorativas de los estudiosos del derecho sobre las normas de derecho positivo.
4. La dogmática como el método aportado por los juristas de la jurisprudencia de conceptos.
5. La dogmática como método del formalismo jurídico (Núñez, 2014, p. 246).

Metodológicamente se rescatan las posiciones 1, 2 y 3, mientras que las posiciones que delimitan a la dogmática jurídica en los ámbitos del formalismo jurídico y la jurisprudencia corresponderán a su acepción clásica. La dogmática que aquí se propone constituye un método moderno de investigación donde, en la conjugación de 1, 2 y 3, desde los problemas jurídicos en los que se afronta la práctica legal, el agente investigador correlaciona y valora normas de derecho de distintos órdenes con la finalidad de proponer una alternativa de respuesta normativa para el problema jurídico.

En mérito de lo expuesto, la dogmática se puede reducir así (Figura 2):



**Figura 2.** Acepciones de la dogmática

Fuente: elaboración propia.

De la figura 2 se puede inferir que:

1. La dogmática marca la actividad de sistematizar el derecho a partir de problemas, lo que corresponderá metodológicamente a la institucionalización del modo de pensar cetético<sup>7</sup>.
2. En su acepción clásica, la dogmática marcó la forma de aceptar al derecho como un sistema completo, coherente, consistente, propio de la hipótesis del legislador racional. En tiempos modernos la regla se ha invertido, el investigador, al adoptar perspectiva crítica, deberá partir de la hipótesis del legislador irracional (Calvo, 1986).

<sup>7</sup> El pensamiento cetético implica metodológicamente que el punto de inicio de la actividad investigativa es el problema desde el cual se exploran respuestas conforme al sistema, siendo equivalente en correlación al modo de pensar problemático (Hartmann). Su antónimo, el pensamiento sistemático, predetermina la existencia del sistema a la formulación de los problemas. Por tanto, conforme a los desarrollos de la tópica jurídica, el modo de pensar cetético corresponde al del investigador. Al respecto véase Viehweg (1964).

3. Por tanto, la dogmática se erige para la investigación jurídica moderna como un método de indagación que orienta, a través de una serie de pasos, el proceder frente a la selección del material normativo seleccionado.

Ahora, entremezclando las acepciones de la dogmática jurídica como actividad y método, y si se apela al criterio de autoridad, se pueden rastrear como actividades básicas de esta forma de investigación las siguientes (Figura 3):

Núñez (2014)	Alexy (2007)	Courtis (2009)
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Exposición ordenada del derecho</li> <li>• Comentario de sentencias</li> <li>• Recomendaciones de política legislativa y judicial</li> <li>• Solucionar defectos lógicos</li> <li>• Sistematización del contenido del derecho</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Descripción del derecho vigente</li> <li>• Análisis sistemático y conceptual</li> <li>• Elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sistematización (Descripción problemática del conjunto de normas)</li> <li>• Descripción (alternativa de mejor interpretación) (<i>Lege data</i>)</li> <li>• Crítico prescriptiva (Modificación del derecho positivo – <i>Lege ferenda</i>) (Cetético)</li> <li>• Descripción y sistematización de sentencias (<i>Sentencia lata ferenda</i>)</li> </ul>

**Figura 3.** Actividades de la dogmática

Fuente: elaboración propia.

En los modelos de Courtis, Alexy y Núñez las actividades son sinonimias, con un marco de homogeneidad en la propuesta acerca de la investigación dogmática. De acuerdo con ello, en la actividad dogmática, al partir de la selección del conjunto normativo, el agente investigador se puede enfrentar con problemas de:

1. Indeterminación. Es posible que dentro del conjunto normativo seleccionado, una o varias normas se encuentren formuladas a través del empleo de expresiones ambiguas o vagas, lo que afecta su zona de claridad y su aplicabilidad a casos (Alcalá, 2010). Para ello, el investigador deberá asumir dentro de la investigación dogmática una investigación hermenéutica.

2. Completitud y consistencia. El análisis interrelacionado de las normas del conjunto normativo seleccionado desde el problema puede dar lugar, en este acápite, a dos consecuencias: la primera, que incluso en la integración de varios dispositivos legales, el caso aún no obra con respuesta definitiva por parte del sistema jurídico, lo que evidencia un vacío legal; la segunda, que en la selección del conjunto de dispositivos legales concurren contradicciones normativas en la aplicación simultánea de las normas, que serían subproblemas por afrontar para el agente investigador.
3. Principios y directrices. Es usual que, posefectos de incompletud, al evidenciar la ausencia de respuesta normativa para el problema, el agente investigador deba recurrir al uso de principios como herramientas auxiliares en la formulación de la respuesta judicial, y muestra metodológicamente el uso de la tópica jurídica (Robles, 1985).
4. Jerarquías normativas. De acuerdo con la conclusión segunda del problema de completitud, al evidenciar posibles contradicciones entre los elementos del conjunto normativo seleccionado, el investigador deberá proceder en la aplicación de las reglas que delimitan jerarquías normativas (Ferrer, 2011).
5. Alcance normativo. En la medida en que aquí se interpretan normas a partir de otras, en la delimitación de su alcance, el agente investigador a su vez configura límites normativos; esta actividad recalca el nivel de calificación de la vigencia.

En atención a los problemas que afronta el investigador dogmático del derecho, Courtis plantea un procedimiento de cinco pasos:

1. Selección de un conjunto normativo con criterio de unidad.
2. Determinación de los fines que persigue el conjunto normativo.
3. Descripción de los componentes del conjunto normativo.
4. Establecer relaciones mutuas entre los enunciados jurídicos.
5. Comparación del conjunto normativo seleccionado con otros conjuntos normativos (Courtis, 2009).

Sobre cada uno de los momentos obran métodos de interpretación y acotaciones. En el primer momento, de selección del conjunto normativo, Courtis (2009) determina lo que denomina “Cuestiones de escala”, las cuales juegan como una

regla directa e inversamente proporcional donde: “A mayor extensión del conjunto normativo objeto, mayor grado de generalidad y menor detalle”. A su vez, al ser el problema el punto de partida, en la escogencia del conjunto normativo metodológicamente obra la tópica jurídica con presencia del modo de pensar cetético.

En el segundo momento, determinación de los fines que persigue el conjunto normativo, el investigador debe proceder al descubrimiento del dogma que constituirá el fin del conjunto. Por regla general, los dogmas jurídicos obran en principios generales y en teorías jurídicas. Recuérdese que la formulación de principios y teorías es producto de una generalización de casos particulares, por lo que procede aquí el uso del método inductivo de investigación.

En el tercer momento, descripción de los componentes del conjunto normativo, el investigador deberá, a partir de la formulación de enunciados jurídicos, asignar significado y contenido a cada una de las normas del conjunto seleccionado. Para esto podrá recurrir a los métodos propios de la investigación hermenéutica –analítico, sintético, analítico-sintético– y a los métodos de interpretación legal –sistemático, contextual, gramatical, teleológico, histórico–.

En el cuarto momento, establecer relaciones mutuas entre los enunciados jurídicos, se emplea el método sistemático de investigación y de interpretación. Como método de investigación implica la interpretación correlacional de las normas jurídicas. Como método de interpretación obliga al investigador a marcar jerarquías normativas entre los elementos del conjunto.

En el quinto momento, comparación del conjunto normativo seleccionado, con otros conjuntos normativos no seleccionados, el investigador deberá recurrir al derecho comparado como método de investigación. Al respecto anota Courtis que la dogmática como método no se agota en el derecho nacional.

### *Investigación sociojurídica*

Esta forma de investigación se encuentra marcada por dos momentos metodológicos: i) la aplicación de los métodos de investigación de la sociología al conocimiento jurídico; ii) el nacimiento de la sociología jurídica como un asunto de profesionales del derecho (Moncayo, 1976).

Para el primer momento, donde aún no existía la formación profesional en sociología jurídica, persistía la aplicación de los métodos cuantitativo y cualitativo de investigación a poblaciones determinadas como unidades de análisis, a fin de extraer, con el acompañamiento de técnicas de investigación, información que le permitiera al investigador demostrar cómo las unidades de análisis experimentaban e interpretaban un problema social que requería atención jurídica (Carvajal, 2011).

Luego, con el nacimiento de la sociología jurídica, se especializan las técnicas de investigación social, dimensionadas desde la dinámica de los sistemas jurídicos, vistas desde la perspectiva del participante (punto de vista interno). Aquí ocurrirá un punto de inflexión en la investigación social aplicada al conocimiento jurídico. En la aplicación inicial de los métodos de investigación social, el investigador metodológicamente asumía la perspectiva del observador (punto de vista externo), al observar desde afuera las prácticas sociales de grupos poblacionales. Con el desarrollo de la sociología jurídica, el agente investigador va más allá del punto de vista externo, ya que es un profesional del derecho que aplica métodos de investigación social, para dar lugar a la mezcla metodológica entre los puntos de vista interno y externo, situación a la que teóricamente se le puede denominar puntos de vista privilegiados (Shapiro, 2006).

Ahora, atendiendo a las distinciones metodológicas presentes entre la perspectiva del participante y la del observador, históricamente, para los agentes, esta distinción daba lugar a que las investigaciones en las que se adoptaba la perspectiva del participante arrojaban a los niveles de calificación de validez y vigencia, lo que vislumbraba, a su vez, las investigaciones hermenéutica y dogmática. Por otro lado, desde la perspectiva del observador, cuyo correspondiente inicial sería la investigación sociojurídica, se daba paso al nivel de calificación de la eficacia y sus subdivisiones: eficiencia-efectividad. Sin embargo, atendiendo a la sumatoria del aspecto fáctico del derecho y sus ciencias auxiliares, y a la conjugación del punto de vista interno con el punto de vista externo en la sociología jurídica, debe entenderse que en la actualidad esta es una forma de investigación que permite un análisis mixto, sin renunciar a la idea inicial de que está dada para la medición de la eficacia normativa.

Por regla general, sin importar a cuál de los momentos se aluda, esta es una forma de investigación que da lugar a la generación de conocimientos de tipo

práctico donde, al requerir la elección de una población como unidad de análisis, sobresaldrá el empleo del método inductivo de investigación. La relación se presenta así: en el diseño de una investigación sociojurídica, al partir de un problema social que revierte categorías jurídicas, el investigador deberá hacer elección de las unidades de análisis objeto de investigación. Para ello pueden ser unidades de análisis: individuos, grupos, empresas o incluso países. Cuando el investigador no cuenta con la capacidad física o financiera de observar a todos los sujetos que hacen parte de la unidad de análisis, deberá proceder a la elección de la población que sería un subconjunto de las unidades de análisis (Batthyaný, 2011). Pero, incluso, es posible que no disponga de la oportunidad de observar a todos los individuos de la población, por lo que debe proceder en la elección de la muestra, la cual implicaría un subconjunto del subconjunto de la población. La información que el agente investigador extrae de la muestra debe estar en posibilidad de generalizarse a la población de referencia; razón por la cual este es un procedimiento inductivo (Corbetta, 2007).

Ahora, pese a generar conocimientos de tipo práctico, la investigación jurídico-social no renuncia a los conocimientos de tipo teórico, los cuales se presentarán metodológicamente como el marco teórico o paradigma de esta forma de investigación (Zorilla, 2010). Para ello, recurriendo al modelo 1 de los métodos de investigación social aplicados al conocimiento jurídico, procede una modalidad en el aspecto teórico de la investigación jurídico-social, la cual está compuesta de tres momentos específicos:

1. Traducir conceptos teóricos.
2. Relacionarlos en conceptos operativos.
3. Que permitan buscar evidencia empírica (Batthyaný, 2011).

La relación de los tres momentos de la modalidad opera así: en los estudios de sociología se le denomina paradigma al concepto teórico desde el cual se interpretará y observará la realidad social. El concepto teórico se vuelve operativo en el momento en el que se adscribe a un problema del mundo real, enfocado en las unidades de análisis. La transición del concepto teórico al operativo estará mediada, por tanto, por la obtención de evidencia, para lo cual el investigador deberá apelar a las técnicas de investigación social. Con lo dicho, no sobra advertir que el marco teórico varía entre las investigaciones dogmática y hermenéutica, respecto a la investigación jurídico-social.

Frente al problema de la evidencia empírica, la investigación sociojurídica, vista desde la sociología jurídica, permitirá dos ámbitos genéricos de investigación:

1. El análisis de los influjos recíprocos entre ordenamiento jurídico y realidad social.
2. El análisis del derecho como instrumento de control social (Zorilla, 2011). Para ello relaciona la aplicación de normas jurídicas con variables como:
  - El tipo de estratificación social.
  - El sistema político.
  - Los intereses económicos de determinados grupos.
  - La situación económica en la que actúan los operadores judiciales.

Por otro lado, al requerir la investigación jurídico-social del revelamiento de información de tipo cuantitativo, cualitativo o triangular, proceden dos maneras de obtener fuentes de información, las cuales serán determinantes para el desarrollo de esta forma de investigación:

1. Cuando el agente investigador recoge de manera directa la información y la sistematiza a partir de variables, para dar lugar a la investigación sociojurídica a nivel micro.
2. Cuando el agente investigador recoge la información a través de otros estudios que presentan datos y cifras específicas sobre el problema de investigación, lo que constituye el nivel macro de la investigación sociojurídica.

Por último, si originalmente la investigación jurídica social se asienta en el nivel de calificación de la eficacia, ello implica que, recurriendo a la relación género-especie, también se ocupará de los problemas de efectividad y eficiencia. Para ello dará lugar, en el desarrollo de las ciencias auxiliares del derecho, al análisis económico de este como método de investigación, que centrará su objeto de estudio en el nivel de calificación de la eficiencia. A pesar de subyacer a la forma de investigación jurídico social, este es un método que marca una categoría autónoma en tiempos actuales ya que, al contrario de su progenitora, se ocupará del valor del cumplimiento, pero no desde el punto de vista de los destinatarios de la norma jurídica, sino desde el punto de vista de los propósitos o fines de las normas, las instituciones jurídicas, las políticas públicas, las relaciones contractuales y los procedimientos legales.



### *Investigación jurídico-filosófica*

La elucidación de las ciencias auxiliares del derecho ha demostrado una incompletud metodológica al adoptar con exclusividad el modelo de ciencia legal. Por otro lado, la investigación jurídica-filosófica se adscribirá a la filosofía del derecho que presenta metodologías para el conocimiento jurídico.

En el modelo de ciencia jurídica, donde sobresalen las investigaciones dogmática y hermenéutica, los niveles de calificación por los que procede el agente investigador serán los de validez y vigencia. Por el lado de la investigación jurídico-social, que atiende a ciencias auxiliares del derecho, lo será la eficacia, desde la cual, de acuerdo con sus subformas, nacerán nuevas disciplinas jurídicas que marcarán métodos y metodologías de investigación. Ahora, en el caso de la investigación jurídico-filosófica, que también corresponderá a una ciencia auxiliar del derecho, sobresale la legitimidad en sus formas moral, ética y democrática, como nivel de calificación.

Esta investigación, que parte de la filosofía del derecho, tiene como peculiaridad la perspectiva de generalidad con la que aborda al derecho como objeto de estudio. Ello en razón de que, al ser una filosofía, adopta la visión genérica del mundo metodológicamente; esta situación, en el tránsito de la historia, colisionaba a la filosofía con la ciencia, dado que esta última parte de la consideración específica del mundo, renuncia a una perspectiva de generalidad y apuesta por la especialización del lenguaje científico según el objeto (Aguilera, 2007).

Sin embargo, esta tensión fue resuelta en la medida en que se consideró que el objeto de preocupación de la filosofía, para la modernidad, serían las ciencias mismas, lo que dio lugar a la existencia de una filosofía de las ciencias (Salama, 1986). Por tanto, la filosofía del derecho como forma de investigación recoge, entre otros casos, el análisis de la ciencia legal, y encuentra que la investigación jurídico-filosófica será la forma de investigación en el derecho de la cual surgen todas las demás –dogmática, hermenéutica, sociojurídica–.

Sus características podrían delimitarse así:

1. Unidades temáticas: los problemas objeto de análisis que adopta la investigación jurídico-filosófica tienen la peculiaridad, desde la perspectiva de generalidad, de ser de tipo global, incluso de consideración posible desde

las distintas tradiciones jurídicas<sup>8</sup> (derecho continental – *common law*) (Zorilla, 2011, p. 347).

2. Modo de proceder: esta forma de investigación plantea, desde el ejercicio filosófico, el rol del agente investigador como constructor de conceptos útiles para las valoraciones jurídicas. Es aquí donde, en la relación género-especie, recoge los elementos de la ciencia legal, en la cual se erige la teoría general del derecho con la que se construye un universo de conceptos dados en la praxis jurídica (Garcés, 2014, p. 354). Sin embargo, asiste un segundo rol al investigador filosófico-jurídico, que está enmarcado en el concepto del nivel de calificación de legitimidad, en el que encuentra que la filosofía del derecho constituye un análisis en perspectiva de justicia sobre el derecho, las normas, las instituciones y los procedimientos.
3. Métodos de investigación: al ser una forma de investigar que parte de la construcción y posibilita la reconstrucción de conceptos jurídicos (operativos a partir de casos) sobresale el empleo de los métodos dialéctico y crítico de investigación.

De acuerdo con sus unidades temáticas, las preguntas de investigación recurrentes vienen marcadas por la generalidad de sus temas. Ejemplos típicos: ¿cuál es la categoría normativa de un principio? ¿El concepto de titularidad de derechos viene marcado por la persona o por situaciones jurídicas? Al respecto nótese que, al contrario de la investigación sociojurídica, la pregunta-problema aquí no requiere de delimitación espacio-temporal. Sin embargo, ello no quiere decir que esta forma de investigación no pueda situar el problema en el ámbito del derecho local y frente a una institución jurídica específica.

En relación con sus formas de proceder, la generación de conceptos para los sistemas jurídicos cumplirá metodológicamente con la regla de la falsación. De acuerdo con esta, si la investigación jurídico-filosófica asume como propósito la formulación de conceptos que darán operatividad a la práctica jurídica, desde la dinámica de los sistemas jurídicos y sociales, el universo de conceptos puede ser susceptible de reformulación, y adapta así la tesis de la falsación. Además, frente a su segundo modo de proceder, en atención a las teorías de la justicia, la filosofía

---

8 Por ejemplo, el concepto de “neoconstitucionalismo” ha servido para valorar, entre otros casos, la flexibilidad de las constituciones políticas y el tipo de democracia que adoptan los sistemas jurídicos a partir de las constituciones: democracia procedimental, democracia sustancial.

del derecho nominativamente fue enunciada en tiempos modernos por Hegel, y se origina en el análisis de la codificación, formulando la pregunta acerca de la justicia del derecho positivo.

De lo dicho, el saber filosófico es concomitante con el saber jurídico. Esta proposición resulta necesaria, dado que el saber jurídico se ha tecnificado, recordando que el saber filosófico potencializa la reflexión crítica para los profesionales del derecho (Farias, 2014). Como ejemplo, Dworkin encontraba que en la respuesta a los denominados casos constitucionales difíciles mediaba con antelación un saber filosófico. Ello lo articuló en casos como el del aborto, donde el juez constitucional deberá adoptar y resolver el problema del concepto de persona (Dworkin, 2010).

Respecto a los métodos de investigación se plantean dos tipologías:

1. Investigación filosofía jurídica operativa: aquí se recurre al uso de conceptos y teorías jurídicas con la finalidad de resolver casos concretos. El investigador deberá ponderar la elección de la teoría o el concepto jurídico por emplear si se trata de un caso difícil. A su vez, las teorías y los conceptos tienen como característica su vocación de generalidad, de tal manera que, al ser empleados para la solución de un caso concreto, sobresale el uso del método deductivo.
2. Investigación jurídico-filosófica abstracta: a partir de una metafilosofía o una metateoría, el investigador asume como problema la rivalización, reconstrucción o crítica de un concepto o teoría jurídica. Para ello, como lo evidencia la práctica en la metodología de la investigación, se deberán recoger las fuentes de investigación donde se postulan los conceptos y las teorías. De manera usual, estas fuentes constan en artículos científicos de revistas especializadas o libros producto de investigación. De esta forma, para proceder a la crítica de la teoría o el concepto, el investigador se encuentra en la obligación de formular los vacíos que obran en la propuesta de los autores que aparecen en las fuentes de investigación recolectadas. Esta función implica, para el investigador, asumir los métodos dialéctico y crítico. El primero, típico de la filosofía, plantea la construcción de una teoría o concepto destruyendo todas las anteriores o tomando elementos de cada una de ellas para proponer una nueva, situación que implica el tránsito metodológico entre tesis, antítesis y síntesis (Armenta, 1996). El

segundo es un método rescatado de las metodologías de lectura crítica donde, si el propósito es evidenciar el vacío en el concepto o la teoría propuesta por un autor, el investigador metodológicamente deberá dar respuesta a preguntas como: ¿dónde es incompleto el autor? ¿Dónde es ilógico o incoherente? ¿Dónde está mal informado? ¿Dónde está desinformado? (Guerra, 2006).

De acuerdo con lo dicho es posible concluir, frente a la investigación jurídico-filosófica, que esta presenta una doble versión donde, por un lado, desde la construcción de conceptos permitirá el desarrollo de la metodología jurídica y, por el otro, a partir del nivel de calificación de legitimidad procederá en el análisis del derecho positivo desde las teorías de la justicia.

## Referencias

- Aguilera, R. (2007). Posibilidad, sentido y actualidad de la filosofía del derecho. *Ius et praxis*, 2, 307-341.
- Alcalá, A. (2010). El problema de la vaguedad en la legislación. *Papeles de teoría y filosofía del derecho*, 2, 1-16.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Armenta, L. (1996). La metodología de la investigación científica del derecho. *Revista de la facultad de derecho de México*, (205-206), 61-83.
- Batthyány, K. C. (2011). *Metodología de la investigación en ciencias sociales*. Montevideo: Universidad de la República.
- Bobbio, N. (1997). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Calsamiglia, A. (1987). Eficiencia y derecho. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, (4), 267-287.
- Calvo, M. (1986). Metodología jurídica e interpretación: el postulado de la racionalidad del legislador. *Anuario de filosofía del derecho*, 3.
- Campos, S. (2006). *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*. México: Cámara de Diputados - Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.
- Carvajal, J. (2011). La sociología jurídica y el derecho. *Prolegómenos - Derechos y valores*, XIV (27), 109-119.
- Corbetta, P. (2007). *Metodología y técnicas de la investigación social*. Madrid: McGraw Hill.

•Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica•

- Courtis, C. (2009). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Cubides, J. (2016). *El control de convencionalidad: fundamentación e implementación desde el sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Delgado, J. (1990). Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 27, 101-167.
- Dworkin, R. (2010). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?" *Isonomía. Revista de teoría jurídica y filosofía del derecho*, 32.
- Elster, J. S. (2001). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Farias, J. (2014). La filosofía y su relación con el derecho. *Revista derecho y cambio social*, (37), 1-5.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del mas débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrer, J. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Garcés, J. (2014). ¿Qué es la filosofía del derecho?: sistema conceptual, forma de vida o metafilosofía. *Revista Estudios de Derecho*, 71 (157), 354-368.
- Guerra, J. (2006). La lectura crítica de textos jurídicos. *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, (4), 69-81.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- La Torre, V. (2011). *Bases metodológicas para la investigación jurídica*. Madrid: Titant lo Blanch.
- Maynez, E. (2006). *Introducción a la lógica jurídica*. México: Colofón.
- Mazzarese, T. (2008). Interpretazione e traduzione del diritto nello spazio giuridico globale. *Diritto e questioni pubbliche*, (1), 88-101.
- Moncayo, V. (1976). El problema teórico en la investigación sociojurídica: la experiencia del replanteamiento de una investigación. *Ideas y valores*, 25 (46-47), 79-107.
- Moreso, J. (1986). Las ficciones en Jeremy Bentham: el método de la paráfrasis. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, (3), 129-139.
- Navarro, P. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía*, (5), 119-139.
- Núñez, A. (2014). Dogmática jurídica. *Eunomia: Revista en cultura de la legalidad*, 6, , 245-260.
- Ponce de León (1996). La metodología de la investigación científica del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho*, (205-206), 61-83.
- Paz, C. (1995). Principio de eficiencia y derecho privado. *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Mnauel Broseta Pont* (pp. 2843-2900). Madrid: Edersa.

- Robles, G. (1985). La decisión en el derecho y la tónica jurídica. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 18 (54), 951-984.
- Ródenas, A. (2007). Validez formal y validez sustantiva: el encaje de la competencia material. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 30, 543-559.
- Salama, G. (1986). *Lógica simbólica y elementos de metodología de la ciencia*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Sauca, J. (2008). *Cuestiones lógicas en la derogación de normas*. México: Fontamara.
- Serrano, J. (1999). *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta.
- Shapiro, S. (2006). What is the internal point of view? *Fordham Law Review* (75).
- Vergara-Schmalbach, J. C., Maza, F. y Fontalvo, T. J. (2010). Futurología: origen, evolución y métodos. *Revista Palobra*, 11, 218-229.
- Vernengo, J. (1992). Legalidad y legitimidad: los fundamentos morales del derecho. *Revista de estudios políticos*, 77, 267-284.
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus.
- Zorilla, M. (2010). Apuntes para una metodología jurídica: la idea de marco teórico. *Revista telemática de filosofía del derecho*, 13, 297-310.
- Zorilla, M. (2011). La metodología de la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista telemática de filosofía del derecho*, 14, 317-358.

## EL MÉTODO JURÍDICO: ENTRE LA CIENCIA LEGAL Y LAS CIENCIAS AUXILIARES DEL DERECHO\*

Óscar Alexis Agudelo Giraldo\*\*

### Derecho y metodología de las ciencias

La pregunta por los métodos en el desarrollo de la metodología de la investigación jurídica (MIJ) parte de una cuádruple relación entre:

1. La metodología de la investigación científica.
2. La metodología de la investigación jurídica.
3. Los tipos de investigación jurídica.
4. Los métodos que se emplean en la investigación jurídica.

Esta es una relación que se genera en un esquema deductivo en el que determinar los métodos de investigación que se emplean en el conocimiento científico del derecho requiere, desde una reciprocidad género-especie, demostrar la relación entre la metodología de la investigación jurídica y la metodología de la investigación científica; lo que equivale a equiparar –no correspondientemente

---

\* El presente capítulo es producto de la investigación titulada: "Metodología y paradigmas de la investigación jurídica", desarrollada por el Grupo de estudios legales y sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia.

\*\* Investigador adscrito al grupo de estudios legales y sociales Phronesis. Docente de Métodos de Investigación a nivel pregrado y posgrado, Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho.

en todos los casos— las categorías: i) problema de investigación; ii) problema jurídico.

A su vez, la metodología de la investigación científica surge como una modalidad de la lógica donde el objeto del conocimiento científico será la adecuación entre sujeto pensante y objeto cognoscente en la realidad empírica.

Cumpliendo con el orden aquí propuesto, en materia de filosofía de las ciencias y metodología de la investigación científica se proyectan históricamente dos paradigmas científicos: i) el modelo de explicación; ii) el modelo de comprensión.

Metodológicamente, el modelo de comprensión científica tiene como propósito el revelamiento de información de tipo metafísico, entre tanto, se encuentra ceñido al porqué como forma de proceder científicamente (Mardones, 1991). Los ejemplos del modelo de explicación se remontarán, entre otros casos, a la filosofía aristotélica. Sin embargo, en tiempos modernos, este esquema metodológico ha dado lugar a la existencia de los denominados estudios explicativos (Tantaleán, 2015).

Por otro lado, el modelo de explicación, al desatender a los intentos metafísicos, es decir, a dar una respuesta del por qué de los fenómenos, propende por una descripción de la realidad a partir de leyes, lo que implica la respuesta por el cómo. Esta forma de hacer ciencia corresponderá precisamente al giro copernicano y a la propuesta metodológica de Galileo Galilei (von Wright, 1980).

Luego, será el positivismo científico el que metodológicamente adoptará el paradigma de la comprensión, pues su objeto de explicación científica corresponderá a un conocimiento posible del mundo que se reduce a hechos, libre de explicaciones metafísicas, que marcará metodológicamente la pregunta por el cómo.

Ahora, concretando la cadena deductiva, el modelo de comprensión será el que se traslapa hacia la metodología de la investigación jurídica. El punto exacto de encuentro entre la metodología de la investigación científica desde el modelo de explicación, con aquella de la investigación jurídica, será el empate del positivismo científico con el positivismo jurídico.

La forma en la que ocurrirá el emparejamiento entre positivismo científico y positivismo jurídico será así:

1. Para el positivismo científico su único objeto de consideración serán las experiencias empíricas (Schmill, 2000). Para el positivismo jurídico



metodológico las normas jurídicas serán el único objeto de consideración de la ciencia jurídica, recordando que, en apego a la tesis de las fuentes sociales del derecho, solo las normas jurídicas impuestas por hombres son empíricamente corroborables (Jiménez, 2008).

2. De acuerdo con el positivismo científico, existe variedad en el lenguaje de las ciencias, caracterizado por la forma de organizar los fenómenos (Schmill, 2000). En el caso del positivismo jurídico, partiendo de la concepción de sistema normativo, que equivale a la aplicación del método sistemático de investigación, se plantea una descripción de las relaciones funcionales existentes entre normas jurídicas positivas, situación que en el marco de la metodología de la investigación jurídica dará lugar, entre otros casos, a la dogmática como un tipo de investigación.
3. El positivismo científico parte del rechazo hacia toda explicación metafísica (Schmill, 2000). En este sentido, el positivismo jurídico refuta cualquier teoría que afirme la existencia de normas no positivas; esto marcó la negación científica de las normas jurídicas derivadas de una concepción naturalista-teológica del derecho.

De acuerdo con lo dicho, la relación entre el positivismo científico y el positivismo jurídico estará mediada por la categorización del conocimiento probable a partir de un mundo empíricamente verificable. Sin embargo, como se ha reseñado, al ser la metodología de las ciencias una disciplina subyacente a la lógica de la investigación científica, los problemas de probabilidad y posibilidad implicarán históricamente la evolución del concepto de verdad –que se adscribe a una lógica de primer orden– hacia el de probabilidad –que se adscribe a una lógica de segundo orden– pero, en materia de conocimiento jurídico, aún persiste un grado de dependencia de las teorías de la verdad con las que se interpretan los hechos de un caso.

En este sentido, se modulan tres acepciones clásicas para la verdad: i) lo verdadero como distinto de lo imaginario; es decir, lo presente; ii) lo verdadero como aquello de lo que se puede fiar; iii) lo verdadero como correspondencia; concepto subyacente a la lógica aristotélica, y que constituirá una teoría de la verdad (Puigarnau, 1978).

En materia de teorías de la verdad se postulan:

1. La verdad como correspondencia. La cual plantea un juicio de adecuación entre la mente y el objeto.
2. La verdad prooracional, donde lo verdadero depende de aquello que se predica del sujeto.
3. Teorías hermenéuticas de la verdad.
4. Teorías de la coherencia donde, desde una perspectiva formal, lo verdadero se obtiene a partir de una concordancia entre enunciados.
5. Teorías pragmáticas de la verdad, donde lo verdadero no será un problema de correspondencia sino una cuestión de convención.
6. Teorías intersubjetivas de la verdad, donde lo verdadero requiere de justificación (Nicolás, 1997).

De esta manera, resulta claro que las prácticas jurídicas son herederas de los procesos de investigación científica en tanto sus funciones son dos: i) generar nuevos conocimientos sobre los ya preexistentes, donde se postula la producción de conocimientos de tipo teórico (investigación básica) o de tipo práctico (investigación aplicada); ii) determinar cuándo un conocimiento es falso o verdadero (Sampieri, 2010).

Frente al propósito primero, la metodología de la investigación científica para el conocimiento jurídico tendrá un carácter prescriptivo pues determinará, bajo el uso del método científico, cómo insertar nuevos conocimientos jurídicos sobre los ya existentes. En el caso del propósito segundo, la metodología de la investigación científica tendrá una doble presencia en el conocimiento jurídico; primero, en materia de determinación de juicios de verdad o falsedad (ocurrencia-no ocurrencia) en la determinación de la premisa fáctica de una decisión judicial; segundo, en la postulación de los enunciados jurídicos y las proposiciones normativas como forma de situar juicios apofánticos en el discurso acerca de las normas jurídicas (Caracciolo, 2013).

Histórica y metodológicamente, la verdad en el conocimiento jurídico ha sido codependiente de la evolución y el desarrollo del discurso científico. Como ejemplo sobresale el uso del concepto de verdad en la atribución de juicios de responsabilidad-culpabilidad. En este sentido, las transiciones históricas presentan en materia jurídica la dualidad: conocimiento mágico/conocimiento racional de los hechos. Ejemplos de un sistema de conocimiento mágico de los hechos obraron

en instituciones como la legislación de Indias y las ordalías o los juicios de Dios, donde la atribución de responsabilidad era una cuestión ligada a un concepto místico, mágico o metafísico de la verdad. Esta transición determinará la alternancia de los valores: pecado y castigo por delito y pena (Gascón, 2010).

Ahora, una vez demostrada la relación entre metodología de la investigación científica —el conocimiento verdadero— y los sistemas de atribución de responsabilidad en dependencia del concepto de verdad, sobresalen como preguntas: ¿qué teorías de la verdad se emplean en las decisiones judiciales? ¿Existen métodos y metodologías de la investigación judicial? ¿Es la verdad en sede judicial un problema de convencimiento o de verdad objetiva?

Un pequeño esbozo del *Gorgias* de Platón servirá de sustento a estas preguntas:

Sócrates: ¿Quieres por consiguiente que admitamos dos clases de persuasión, una que produce la creencia sin la ciencia, y otra que produce la ciencia?

Gorgias: Sin duda.

Sócrates: De estas dos persuasiones ¿cuál es la que la retórica produce en los tribunales y en las demás asambleas, a propósito de lo justo y de lo injusto? ¿Aquella de la que nace la creencia sin la ciencia, o la que engendra la ciencia?

Gorgias: Es evidente, Sócrates, que nace de la creencia (Platón, 2014).

## Derecho y método

De acuerdo con lo reseñado, indagar sobre los métodos de investigación que se emplean en el conocimiento jurídico requiere del análisis de las metodologías de la investigación que obran en la ciencia jurídica. Es así como estas han de corresponder al estudio de los métodos y estos implican, en el marco de una metodología de la investigación científica, un procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla. Al respecto señala Sampieri: “La investigación científica es sistemática, controlada, empírica y crítica de proposiciones hipotéticas sobre las presumidas relaciones entre fenómenos sociales” (2010). Sobre lo dicho, la sistematicidad será una de las claves de la investigación jurídica en sede de dogmática y hermenéutica (Vaquero, 2014).

A su vez, el método en los procesos de investigación científica demarcará, entre otros asuntos, la forma de responder al problema. Ahora, en materia de investigación jurídica, el discurso de los métodos marca la relación entre dos

disciplinas que generan confusiones en la aplicación de estos. Dicha confusión proviene del binomio metodología de la investigación jurídica y metodología jurídica (Martínez, 2010).

La confusión se explicita así: en materia de metodología de la investigación jurídica, su punto de partida viene delimitado por la formalización de los problemas de investigación, cuya respuesta supondrá una novedad científica para el discurso jurídico. Sin embargo, en la revisión documental se presenta una sinonimia entre los problemas jurídicos y los de investigación, sin considerar que ambas categorías no son equiparables en todos los casos<sup>9</sup>. La manera de desfigurar la relación de las categorías del problema es con el uso de la metódica o metodología jurídica, cuyo objeto de estudio, vinculado a las teorías de la argumentación, será la técnica de resolución de casos. Sin embargo, de acuerdo con categorías del *common law*, solo algunos casos merecen un proceso de investigación científica en términos de novedad académica. Aquellos casos que lo merecen son los denominados difíciles; los fáciles, de acuerdo con la vieja tradición del formalismo jurídico, son de solución inmediata por una aplicación mecanicista de la norma al caso concreto. Siendo así, los problemas jurídicos que ameritan un proceso de investigación científica (distinta a la sociojurídica) vendrán dados en los criterios de solución de casos difíciles, punto donde se entremezclan como una sola la metodología de la investigación jurídica con la metodología jurídica.

En materia de casos difíciles, los problemas jurídicos que al mismo tiempo constituyen problemas de investigación son los siguientes:

1. La posibilidad de varias respuestas jurídicas para un mismo caso. El objeto de investigación será la determinación de un criterio interpretativo a partir del cual se sustenta lo que el investigador considera la respuesta correcta frente al caso.
2. Las lagunas normativas, donde el investigador se encuentra ligado a dos posibilidades: la primera, acudiendo al criterio de sistematización del derecho, ubicar el material normativo con el que se pueda sanear el vacío; la segunda, determinando una propuesta legislativa para dar solución al vacío legal (investigación *lege ferenda*).

9 Basta ver Giraldo (2002).

3. Las contradicciones normativas donde, de acuerdo con la regla de bivalencia jurídica, es obligación del agente investigador determinar el alcance de las normas en conflicto.
4. Las lagunas de conocimiento, que proceden en aquellos casos donde el déficit de información acerca de los hechos torna inaplicable la normatividad jurídica (Navarro, 2006). Aquí el investigador asume como problema un debate originado en las epistemologías del derecho y de la prueba judicial.
5. Las lagunas de reconocimiento, que se derivan del lenguaje en el que se expresan las normas jurídicas. Los propósitos de este caso difícil en el marco de la investigación jurídica serán determinar su alcance normativo al encontrarse la norma en zona de penumbra (Alchourron, 2013).
6. El conflictivismo entre derechos fundamentales, donde la ciencia del derecho presenta como método de investigación a la ponderación (Bernal, 2005).

De acuerdo con lo dicho, son problemas típicos de la metódica jurídica:

1. La determinación de los hechos del caso.
2. La selección del material jurídico relevante.
3. La interpretación del material jurídico relevante.
4. La calificación jurídica de los hechos del caso.
5. La determinación de la respuesta al caso (Martínez, 2010, p. 23).

De esta forma, la argumentación y metodología jurídicas se instauran como una metodología de la investigación para el derecho, cuyo punto de partida serán los casos difíciles. Como sustento de esta tesis se encuentran las aportaciones de Neil MacCormick, quien propone un modelo de metodología jurídica ejemplificante. Para ello propone un arquetipo de cuatro pasos:

1. Identificar la situación en la que el investigador se encuentra frente al caso difícil. Para ello, propone como esquemas de caso difícil:
  - Problemas de relevancia.
  - Problemas de interpretación.
  - Problemas de prueba.
  - Problemas de calificación.
2. Identificar el origen del problema, situado generalmente en dificultades de aplicabilidad.

3. Planificación de la hipótesis o solución del problema jurídico de investigación.
4. Presentación de los argumentos que sustentan la hipótesis (Carga argumentativa) (MacCormick, 1994).

Ahora, de acuerdo con lo dicho, resulta inescindible la relación entre metodología de la investigación jurídica y metódica, pero únicamente desde la presentación de casos difíciles. De esta relación sobresale como principio que no todo problema jurídico implica uno de investigación. Sin embargo, los casos difíciles, que son problemas jurídicos, sí pueden ser considerados como problemas de investigación.

Una vez sustentada la tesis de la metodología jurídica sobreviene la pregunta por los métodos jurídicos. De la relación entre metódica y metodología de la investigación jurídica, el punto siguiente por desarrollar será la ubicación de los métodos en la tipología de investigaciones jurídicas. Cruz (2006) determina cinco posiciones acerca del rastreo de los métodos en los juristas:

1. Persistencia sobre la afirmación de la existencia de un método jurídico que, sin embargo, no es encontrado.
2. Concepción de la metodología jurídica como un manual de redacción.
3. Equiparación del método jurídico al método científico.
4. El método jurídico se encuentra en los métodos del razonamiento lógico.
5. El método jurídico obra en los métodos de interpretación.

Del examen de los cinco postulados surgen entre otras preguntas: ¿la metodología de la investigación jurídica depende de las formas del razonamiento lógico? ¿Los métodos de investigación varían según el profesional del derecho? (Cruz, 2006).

Cruz (2006) responde afirmativamente a los interrogantes señalados. De ahí que los métodos de investigación varían según el partícipe de derecho; esta situación posibilita la existencia de disciplinas jurídicas propias y auxiliares, útiles en el desarrollo de la investigación jurídica. De ahí sobresalen:

1. La técnica legislativa como metodología de elaboración del derecho (Marcilla, 2013).
2. La dogmática como método de investigación y generación de conocimiento jurídico.

### 3. La argumentación jurídica como metodología para la aplicación de normas.

Por otro lado, frente al problema del método jurídico sobresalen las posiciones 4 y 5 (métodos de razonamiento lógico y métodos de interpretación legal). En defensa de la posición 4, efectivamente el método jurídico, y parte de los métodos de investigación para la MIJ obran en los métodos de razonamiento legal. Para ello, se rescatan cuatro métodos: El deductivo, el inductivo, el abductivo y el dialéctico.

El deductivo se presenta como método de investigación en los órdenes de una metodología judicial y como una forma de presentar respuesta a los casos. Originalmente, este método obra en el esqueleto del silogismo judicial (Iturralde, 1991). La relación entre premisa normativa y premisa fáctica corresponde a una relación deductiva donde la norma jurídica, que es general, se subsume frente a un caso particular. Basta ver para ello cómo las decisiones judiciales, al menos frente a casos fáciles, cumplen con la estructura de un *modus ponendo ponens*, el cual representa un razonamiento deductivo (Alexy, 2007). Recuérdese al respecto, que la característica del razonamiento deductivo implica partir de proposiciones conocidas para llegar a demostrar aquello que se desconoce (Farias, 2003).

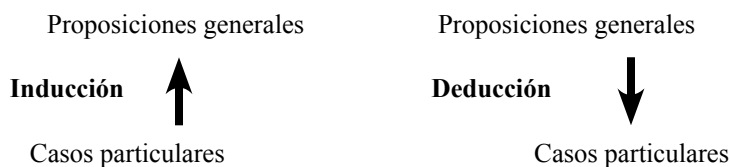
A su vez, a partir del propósito primero de la metodología de la investigación –generar nuevos conocimientos–, el empleo del método deductivo obra en la aplicación de teorías, que tienen vocación de generalidad, a casos concretos. Por ejemplo, en Colombia, partiendo del uso de la teoría de la sustitución constitucional, la Corte Constitucional responde al problema jurídico concreto sobre la posibilidad de establecer la figura de la reelección presidencial. El caso, aunque originalmente se mostraba como fácil, permitió pluralidad de respuestas, ya que se encontraba avalado por la tesis de legitimidad democrática.

Sin embargo, el uso del método deductivo como metodología judicial resulta problemático. La razón obedece a la característica de la conclusión a la que se llega en el empleo de este. Según la lógica aristotélica, las conclusiones del método deductivo son de tipo necesario. En el derecho, que los casos sean definitivos no implica su infalibilidad; esto quiere decir que las decisiones judiciales tomadas con base en el uso del método deductivo no proyectan una resolución definida por la necesidad (Aarnio, 2013).

Gracias al modelo de ciencia legal, el empleo del método deductivo resultaba ostensible en la metodología de la investigación jurídica, a partir de la aplicación de teorías generales del derecho o conceptos jurídicos a casos concretos, y en la metodológica jurídica, con el uso del silogismo judicial donde media la aplicación de la norma jurídica general al caso particular. Sin embargo, en la propuesta dual de los problemas –de investigación y jurídico– solo tendrá relevancia el método deductivo como aplicación de teorías útiles para resolver casos difíciles pues, como modelo de silogismo judicial, viene dado para la solución de casos fáciles.

Sin embargo, al iniciar el método deductivo con la aplicación de reglas o principios generales, se requiere con antelación que estos existan. Su existencia será producto del empleo del método inductivo, cuya finalidad será la generación de una proposición general –normas jurídicas, reglas, principios– a partir de la suma de casos particulares. De ahí que su estructura implica partir de premisas particulares para concluir en una proposición general.

La inducción se erige como una representación de las ciencias experimentales, sin querer decir con ello que su uso no se puede extender al campo de las ciencias sociales y humanas. Su origen data de la división aristotélica entre la analítica y la dialéctica. Con la primera se desarrolla la noción de *silogismo demostrativo*, que da lugar al apogeo del método deductivo (Quintana, 1970, p. 3). Con la segunda se busca el conocimiento a través del cual sean posibles las deducciones, para encontrar el propósito del método inductivo. La relación podría presentarse secuencialmente así (Figura 1):



**Figura 1.** Inducción y deducción

Fuente: elaboración propia.

De la figura 1 se puede inferir que la inducción constituye la base de la demostración y proporciona los principios para el silogismo. Sin embargo, la conclusión



a la que se llega con el empleo del método inductivo será de tipo probable y no necesaria como en el método deductivo, lo que marca su propia limitación.

Al no silogizar en términos de necesidad se entiende que el método inductivo es imperfecto; su imperfección deriva del número de casos que recoge. De aquí derivan: i) la inducción perfecta, donde en el empleo del método se recogen todos los casos particulares que constituyen la universalidad de la conclusión y; ii) la inducción imperfecta, donde se recogen algunos pero no todos los casos de la universalidad de la conclusión.

Por tanto, en la metodología de la investigación jurídica y sociojurídica se emplea de manera regular la inducción imperfecta, que posee solo una universalidad aproximada, lo que genera una conclusión de tipo probable. Por ello, al ser anterior al empleo del método deductivo, enriquecerá labores típicas de algunos tipos de investigación como la dogmática en la ubicación del dogma subyacente y, en los estudios sociojurídicos, mediando la relación de generalización entre muestra, población y unidades de análisis.

La inducción ha sido considerada paralelamente como un método analógico. Sin embargo, su aplicación es simultánea con la abducción en antelación al uso del método deductivo. Esta relación triádica ha sido denominada los “modos de simultaneidad” (Cracogna, 2000).

La relación complementaria entre deducción, inducción y abducción fue desarrollada por el filósofo Charles Sanders Pierce, quien la presentara bajo la nominación del término *hipótesis*, que constituye una conclusión que parte del resultado.

La abducción como método de investigación constituye lo que se denomina “un razonamiento hacia atrás” (Velásquez, 2015, p. 203). Su propósito será, a partir de un resultado o conclusión, tratar de adscribir un caso a una teoría o principio general, para luego proceder a una deducción. Frente a la inducción, comparte el valor veritativo de probabilidad pero, al contrario del razonamiento inductivo, pretende pasar del efecto a la causa, por lo cual, a partir de la observación de ciertos casos supone –a manera de hipótesis– el principio general que sirva para explicarlos.

Al deambular en el campo de la probabilidad, la abducción constituye una conclusión no definitiva, situación por la cual se le denomina hipótesis o suposición.

Para Pierce este constituirá el único método de inferencia ampliativa, entre tanto, será el único a partir del cual se generarán nuevas ideas para el lenguaje científico, de ahí que: “La abducción proporciona la pista que el científico debe seguir para realizar la experimentación y, al mismo tiempo, le indica cuál es el experimento que debe verificar por medio de la inducción” (Velásquez, 2015, p. 206).

En síntesis:

1. A la deducción corresponderá el grado mayor de certeza.
2. La inducción se presta para la confirmación de la hipótesis de manera experimental.
3. La abducción corresponderá a la generación de nuevas ideas (Velásquez, 2015, p. 205).

De esta manera, el método abductivo está presente en toda metodología de la investigación al prestarse como la forma de plantear hipótesis que luego serán sustentadas por vía de experimentación.

Por último, será precisamente el método dialéctico la herramienta rescatada por la argumentación jurídica como metodología de decisión judicial frente a casos difíciles. Sin embargo, dado su rescate moderno a partir de la tópica jurídica, este es un método que se erige en contra de la perspectiva científica del derecho (Viehweg, 1964). Sus orígenes obran en los desarrollos de la lógica aristotélica que trazó la distinción entre el campo de lo apodíctico y lo dialéctico. En lo apodíctico operará, para el curso de la historia, el problema de la verdad de las proposiciones; en lo dialéctico el problema no será la verdad, sino las conclusiones que se obtienen a partir de una disputa, a lo que denomina proposiciones opinables (Perelman, 1997).

A su vez, en atención al modo de pensar sistemático –propio de la ciencia jurídica– metodológicamente se parte de aplicar la normatividad jurídica a los casos. En cambio, en el modo de pensar cetético, propio de la tópica y el método dialéctico, el punto de partida será el problema y, solo desde este, se ubican las respuestas o soluciones normativas (Bayón, 2013). De esta manera, resulta obvio que el método dialéctico viene a constituirse como la metodología de la jurisprudencia. De ahí que es

justificado que la jurisprudencia ha de ser concebida como una permanente discusión de problemas y que por tanto su estructura total ha de ser determinada desde el problema, buscando puntos de vista para su solución, resulta que sus conceptos y sus

proposiciones tienen que estar ligados de modo especial con el problema (Viehweg, 1964, p. 94).

Cuando el problema jurídico y de investigación por desarrollar verse sobre la determinación de significado y contenido para una o varias normas jurídicas (problemas de relevancia e interpretación, lagunas de reconocimiento), aquí, rescatando la posición 5 de Cruz, los cánones de interpretación legal se presentarán como métodos de investigación jurídica. Se postulan así los métodos contextual, teleológico, gramatical o semántico, genético, histórico, comparativo y sistemático.

Inicialmente, el método gramatical apuesta por la interpretación de las expresiones lingüísticas de las normas de acuerdo con su designación semántica. Sin embargo, en casos de polisemia, el método gramatical resulta ser combinatorio con el de interpretación contextual que pretende una elucidación de las expresiones lingüísticas de las normas a partir del contexto en el que se aplican. Así, de la fusión de ambos métodos sobresalen como técnicas: la interpretación originalista y la interpretación evolutiva. La primera se enfocará en el momento de producción de la norma jurídica; la segunda, en su momento de aplicación (Guastini, 2015).

El método de interpretación genético, conforme a la voluntad del legislador, parte de conceptos básicos de técnica legislativa, de interpretar al legislador como el editor de un mensaje a través de la formulación lingüística de la norma (Moreso, 2010). Aquí también subyacen dos subtécnicas de interpretación, que obran en los denominados originalismos semántico y de expectativa.

De la postulación de la técnica del originalismo de expectativa sobresale como método de investigación en las ciencias jurídicas el método teleológico de interpretación. Por otro lado, y de igual manera, subyace a la técnica del originalismo de expectativa el método histórico de interpretación. Este implica la imposición de un criterio interpretativo del pasado a problemas jurídicos presentes.

Del método sistemático de interpretación proceden tres formas:

1. La interpretación de la norma objeto de problema de investigación a partir de normas de orden superior y similar.
2. La construcción de una norma jurídica a partir del uso combinatorio de disposiciones legales.

3. La unión de varias normas jurídicas que emplean, a la vez, un mismo concepto para un mismo término (Velluzzi, 1998, p. 70).

Por último, sobresaldrá como método de investigación el canon comparativo que partirá de interpretar el problema desde su regulación en distintos sistemas sociales y jurídicos.

Ahora, frente a la pregunta acerca de si la metodología depende del partícipe o sujeto de la investigación, la respuesta es afirmativa. Para rastrear estas metodologías, Cruz Parceró delimita algunas de las actividades básicas del jurista, donde sobresalen:

- a. La identificación del objeto de estudio. Al respecto recuérdese que, en el triunfo del positivismo científico solo corresponde al estudio del derecho aquello sobre lo cual su existencia se pueda corroborar (normas positivas-hechos) (Orrego, 1995).
- b. La sistematización del derecho. Actividad contenida en el uso del canon de interpretación sistemático como método de investigación.
- c. La definición y el uso de conceptos. Al respecto, dada la correlación entre sistemas jurídicos y dinámica social, ha sido necesario, a partir de la metodología de la investigación jurídica, reconfigurar los conceptos de algunas de las instituciones jurídicas, y sitúa como ejemplo la definición del concepto de titularidad de derechos.
- d. La elaboración y clasificación de teorías. Para la aplicación del método deductivo en la MIJ se requiere la construcción de teorías jurídicas útiles para resolver casos. Con antelación a su aplicación deductiva, media su construcción por vía de inducción.
- e. Inferencia de principios subyacentes. Atendiendo al marco operativo de la MIJ que aquí se presenta, en concordancia con los desarrollos de la teoría de la argumentación jurídica, y en virtud del principio estático kelseniano, a través de las prácticas jurídicas y las dinámicas sociales, el investigador jurídico está en posibilidad de inferir la existencia de principios aún no nominados por vía de legislación (Alonso, 2013). El tipo de principio que se infiera varía según el partícipe de la investigación. Si se trata del operador jurídico, la inferencia constituirá una creación judicial del derecho; si se trata del agente investigador, la inferencia versaría sobre un juicio hipotético.

- f. Interpretación de normas. Actividad que recoge los ya citados métodos de interpretación legal.
- g. Análisis y descripción de los hechos. Aquí sobresalen las ya también mencionadas disciplinas de la epistemología jurídica y la epistemología de la prueba judicial.
- h. Argumentación sobre las decisiones, leyes o interpretaciones, donde se exaltan dos metodologías: la argumentación jurídica motivacional y la técnica legislativa (Atienza, 2013).
- i. Reflexión sobre los valores jurídicos. La posición de la MIJ debe sustentar la integración de los puntos de vista interno y externo.

Del rastreo de las actividades típicas del jurista sobresaldrán entonces tres participantes, desde los cuales es posible rastrear metodologías de la investigación jurídica.

Primero, tratándose del legislador existen metodologías para la elaboración del derecho. Este es un punto que debe desarrollarse desde tres momentos en concreto: la creación, desaparición o reforma de las norma jurídicas. Para ello obran entonces:

- La técnica legislativa.
- La lógica deóntica, determinante para el análisis de los núcleos normativos.
- La investigación *lege data*.
- La investigación *lege ferenda*<sup>10</sup>.

Segundo, tratándose del agente investigador (académico) sobresalen:

- La dogmática jurídica.
- La investigación sociojurídica.
- La investigación filosófico-jurídica.
- La investigación hermenéutica.
- Tercero, tratándose del juez, sobresalen como metodologías:
- La argumentación jurídica motivacional.
- La metodología de la investigación sentencia *lata*.
- La metodología de la investigación sentencia *ferenda*.

.....  
10 Sobre investigación *lege data* y *lege ferenda* ver La Torre (2011).

- El método de análisis dinámico de sentencias (línea jurisprudencial)<sup>11</sup>.
- La tónica jurídica (con el uso del método dialéctico de investigación).

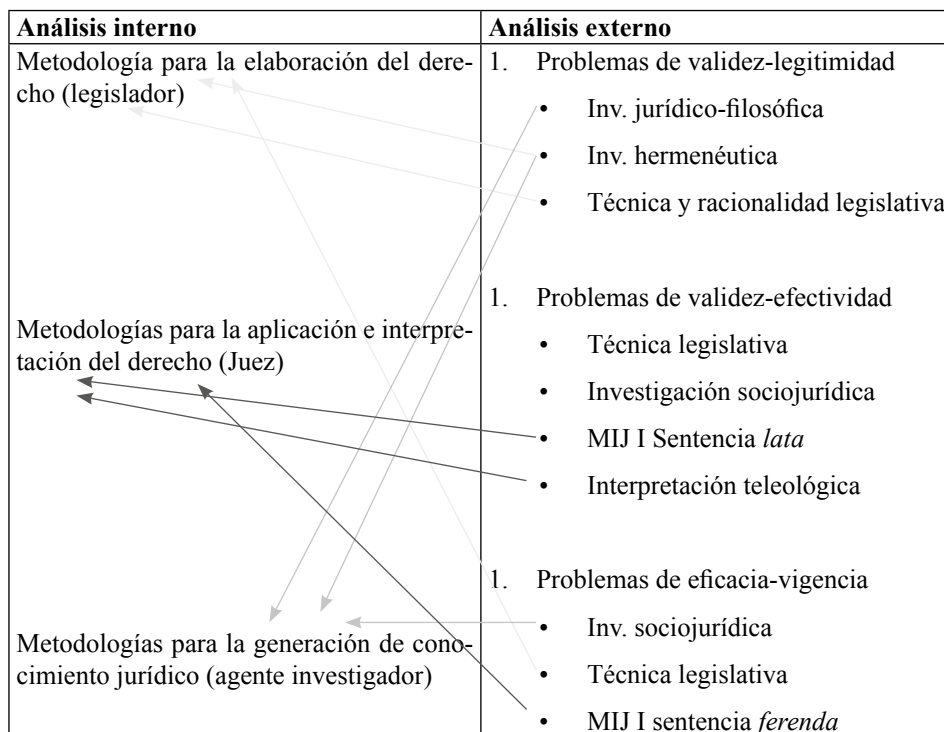
Recordando la ya clásica discusión entre monismo y dualismo metodológicos, en MIJ resulta evidente la posición dualista basada en la idea de una pluralidad de métodos de uso combinatorio (Feyerabend, 1975). El monismo metodológico partirá de la existencia de un método universal para cada disciplina del conocimiento. En contraposición, el dualismo metodológico sustenta la hipótesis de que existen variedad de métodos en la multiplicidad de conocimientos. El triunfo del dualismo metodológico se debe a que para plantear hipótesis a los problemas que cumplen con la categoría dual (de investigación y jurídica) resulta imperante que, según el discurso de Feyerabend, se articulen distintos métodos y metodologías. Por ello, aquí se propondrán dos niveles de análisis: interno y externo.

El análisis interno de la MIJ determinará la presentación individualizada de metodologías según cada protagonista del proceso de investigación (metodologías para el juez, el legislador y el agente investigador). El análisis externo permitirá la mezcla de las metodologías, de tal manera que el autor de la investigación recoge diferentes métodos y personaliza varios protagonistas. Por ejemplo, existen investigaciones que demuestran la ausencia de justificación externa en las decisiones judiciales (argumentación jurídica) en correlación con el número de procesos que afronta el operador judicial (investigación sociojurídica).

Sin pretender ubicar todo el universo de casos que pueden concurrir desde los niveles de calificación en la MIJ, en la figura 2 se presenta un esquema a manera de ejemplo:

.....  
11 Sobre la metodología de análisis dinámico de sentencias ver Medina (2002).

•El método jurídico: entre la ciencia legal y las ciencias auxiliares del derecho.



**Figura 2.** Análisis interno y externo

Fuente: elaboración propia.

## De la ciencia jurídica a las ciencias del derecho

El análisis externo de las metodologías de la investigación jurídica que se emplean en el conocimiento del derecho posibilita la transición del modelo de ciencia jurídica hacia el apogeo de disciplinas auxiliares del derecho, que constituirán ciencias acerca de este. Las características definitorias de las metodologías subyacentes al modelo de ciencia jurídica son:

- Un apego al modo de pensar normativista.
- La pureza del método jurídico.
- La contemplación del derecho como ordenamiento.
- Las normas jurídicas positivas como único objeto de consideración de la investigación jurídica.

- e. El análisis excluyente (interno) de los niveles de validez y vigencia para el derecho, las normas y las instituciones jurídicas.

Sin embargo, cabe destacar que la investigación en materia jurídica no se agota en el aspecto normativo del derecho porque su aspecto fáctico también es objeto de consideración científica, y da lugar a la nominación de ciencias auxiliares del derecho.

A partir de una hipótesis correlacional, la transición del modelo de ciencia jurídica a ciencias del derecho acaece en los modelos históricos de pedagogía jurídica que influyeron en las metodologías de la investigación para el derecho.

De esta manera, tradicionalmente han obrado como modelos de pedagogía jurídica: el modelo artesanal, el de enseñanza del derecho positivo, el que apuesta por la construcción de competencias argumentativas, el modelo de ciencia legal, el de estudios críticos y el de agente promotor de derechos (Agudelo, 2015).

El modelo artesanal parte de situar al estudiante en los escenarios prácticos del derecho. Para el decurso de la metodología de la investigación jurídica aquí subyace como metodología el estudio o análisis de caso. Luego, el modelo de enseñanza del derecho positivo, al enfocarse en el aspecto normativo del derecho, delimitará como único objeto de consideración científica las normas positivas (Agudelo, 2015, p. 7).

El modelo que apela a las prácticas argumentativas partirá del análisis de la tipología de argumentos que plantean la práctica del derecho, donde sobresale un apego a la lógica retórica. Aquí, delimitando una superación del modelo de enseñanza del derecho positivo, se construyen metodologías de la decisión judicial, entre tanto, en el modelo anterior, que se perfilaba a partir de una concepción formalista del derecho, en la decisión judicial no mediaba interpretación y, por tanto, tampoco argumentación.

Luego, recurriendo al desarrollo del positivismo metodológico, se consolidó el modelo de ciencia legal, desde el cual se empata la metodología de la investigación científica con la metodología de la investigación jurídica.

Sin embargo, en los modelos del derecho positivo y de ciencia legal persiste una característica definitoria: el análisis exclusivo sobre el aspecto normativo del derecho. De esta forma, aparece el modelo de estudios críticos del derecho, el cual aclara que la investigación científica en el mundo jurídico no se agota en



su aspecto normativo; se sitúa así en su aspecto fáctico, donde se recalcan las dimensiones: derecho y sistema social, derecho y política.

Por último, desde una posición ecléctica se resalta en los modelos actuales de pedagogía jurídica la formación de críticos de los sistemas jurídicos y agentes promotores de derechos. De ahí que las investigaciones en derechos humanos recogen la doble vía: aspectos normativo y fáctico.

Así, los modelos tradicionales son aquellos en virtud de los cuales se enseña una práctica jurídica basada en la operatividad del derecho, esto es, se evidencian en el momento en que el derecho se hace necesario. La labor del estudiante, en este modelo, se circunscribe a ser un operador más de la práctica jurídica; es decir, no analiza más allá de lo que, como operación, el derecho a través del elemento normativo implica hacer. Este modelo tiene varias etapas:

- a. La primera etapa consiste en familiarizar a los estudiantes con los documentos jurídicos, los procedimientos básicos para la exigencia de derechos, y los métodos propios para la búsqueda, el descubrimiento y la presentación de pruebas. Este tipo de enseñanza está dirigido a formar a los estudiantes en una práctica rutinaria, en donde los futuros abogados se ven abocados a rendir cuentas a un cliente que, con sus servicios, procura la satisfacción de sus intereses (Gordon, 2010). La enseñanza, así concebida, no va más allá de una capacitación hecha al estudiante, con el fin de hacerlo un operador más del sistema jurídico.
- b. La segunda etapa consiste en la enseñanza de un derecho positivo; esto es, la enseñanza de todos los criterios legales explícitos en forma de reglas. Este tipo de enseñanza trata de preparar a los estudiantes en las formas básicas de expresión de criterios normativos, en pro de lograr que este asocie a las circunstancias fácticas presentes los elementos jurídico-normativos aplicables. Es una imagen en virtud de la cual “se corresponde a un abogado que busca las reglas, es decir, procura en el sistema normativo las reglas aplicables al caso presentado a su cliente” (Gordon, 2010).
- c. La tercera etapa es aquella en virtud de la cual se procura un cambio en la mentalidad del estudiante; literalmente, se pretende que los estudiantes “piensen como abogados”, es aquí donde los métodos propios del razonamiento jurídico se hacen evidentes en la enseñanza jurídica; la retórica, la

lógica, la argumentación hacen las veces de herramientas para el desarrollo de clínicas jurídicas en las cuales, los *topoi* propios del estudio teórico del derecho se convierten en razonamientos prácticos que dinamizan el ordenamiento jurídico (Agudelo, 2015).

- d. La cuarta etapa implica vincular al estudiante en la ciencia legal, entendiendo que el derecho es un cuerpo estructurado y coherente aplicable a casos particulares. Es decir, se evidencian las formas en las cuales principios generales se aplican a casos particulares. Este es el ejercicio dogmático que permite la dinamización del ordenamiento jurídico, en el que se sitúa al estudiante en el rol que desempeñará como abogado: a la hora de vincularse al proceso, los jueces asistidos por los abogados son quienes vinculan a la ciencia jurídica criterios normativos que antes no habían sido tenidos en cuenta como tales (Bernasconi, 2007).
- e. La política tiene una relevancia importante en la quinta etapa dado que, desde el realismo jurídico norteamericano, los argumentos políticos se sumaron al estudio dogmático del derecho, en poca y discreta medida (Garza, 2013). La vinculación entre los modelos político y jurídico obedece al grado de conocimiento que de las decisiones jurídicas tengan los estudiantes: el método del caso; así establecido desde los *inns of court* (Gordon, 2010), el *topoi* de la práctica jurídica se da en aspectos en donde la profesión se circunscribe a la determinación de habilidades de corte pragmático en la resolución de problemas de corte fáctico.
- f. Además, debe entenderse cómo la política infiere en la creación normativa, como ciencia auxiliar, de los métodos y principios rescatables de la ciencia política a la hora del estudio y alcance de la actividad nomotética, con el fin de enriquecer el sistema del derecho con normas que dinamicen política y jurídicamente el sistema integral (Sendra, 2015).

Una vez suscitadas las causas que dan lugar a la aparición de las ciencias del derecho cabe desarrollar una distinción ampliada con el modelo de ciencia legal. Para ello, se presentan tres niveles estructurales: i) el derecho en sí mismo, ii) la ciencia del derecho, iii) las ciencias del derecho.

Los objetos de análisis del derecho en sí mismo se agotan en la existencia de normas jurídicas positivas, traducidas en términos de legislación. Aquí obran entonces como objetos: la norma jurídica vista exclusivamente como la prescripción

de una conducta, la conducta individual y exterior como meras calificaciones normativas por parte del legislador, el contenido de las conductas donde obran normas de acción y omisión, y, el valor que tiende a alcanzar la norma jurídica (Saenz, 1991, p. 35). Aquí no existe un nivel de investigación científica, entre tanto, no media interpretación.

Luego, en el nivel de ciencia del derecho, la norma jurídica, como objeto del nivel primero, al ser sometida a análisis e interpretación, presenta sesgos de investigación científica. Por tanto, sus objetos serán:

- a. La descripción de las normas jurídicas, labor que se desarrolla a partir de la formación de enunciados jurídicos.
- b. El carácter verdadero o falso de los enunciados jurídicos, los cuales constituyen enunciados científicos.
- c. Quien realiza los enunciados jurídicos es el agente investigador, quien no es autoridad normativa.
- d. Por lo anterior, los enunciados jurídicos equivalen a juicios hipotéticos, ya que expresan proposiciones normativas pero no normas jurídicas (Saenz, 1991, p. 37).

En el tercer nivel estructural, las ciencias del derecho explotarán del nivel primario del derecho en sí mismo, al objeto derivado del contenido de las conductas donde, correlativamente, aparecen ciencias auxiliares en el siguiente proceder:

- a. Si la conducta es de contenido social, sobresale como ciencia auxiliar la sociología jurídica.
- b. Si la conducta es de contenido económico, persisten como ciencias auxiliares el derecho económico y el análisis económico del derecho.
- c. Si la conducta es de contenido político, las ciencias auxiliares que subyacen serán las ciencias políticas y la teoría política.
- d. Si la conducta es de contenido cultural, obra como ciencia auxiliar la antropología jurídica (Saenz, 1991, p. 38).

De acuerdo con lo dicho, entonces, el derecho en sí mismo –visto desde el punto de vista de su creación– no representa un nivel de preocupación científica. La aparición del modelo de ciencia legal, que se instaura con la propuesta acerca de los enunciados jurídicos, constituye un nivel de análisis científico, ya que las normas jurídicas se someten por vía de interpretación a un examen por criterio de sistematización normativa. Sin embargo, las ciencias auxiliares del

derecho marcarán una tercera vía donde resulta obvio que en el análisis de este y las instituciones jurídicas se comparten métodos y metodologías de ciencias del conocimiento afines, no solo de las ciencias sociales, sino incluso de las ciencias formales (Tabla 1):

**Tabla 1.** Niveles de análisis

Nivel	Disciplina	Objeto
0	Legislador racional	Derecho
1	Jurisprudencia o ciencia del derecho	Descripción o explicación del derecho
1.1	Filosofía jurídica	Análisis de conceptos y procedimientos de la jurisprudencia
2	Ciencias auxiliares del derecho	Problemas de índole social, político, económico y cultural en la jurisprudencia, las normas y las instituciones jurídicas

Fuente: adaptado de Zorrilla (2011).

Para dar sustento a la tabla 1 se sostendrá el siguiente argumento: el nivel cero, que representa al derecho en sí mismo, vendría justificado metodológicamente en la concepción formalista del derecho que, entre otros casos, se sustenta en la hipótesis del legislador racional. Al no reconocer aquí metodológicamente la necesidad de interpretar las normas jurídicas, no hay lugar a juicios apofánticos, y se resta la posibilidad de constituir un nivel de científicidad. Luego, con base en la propuesta del positivismo metodológico aparecen dos puntos de inflexión donde el derecho se acerca a los estatutos de científicidad; el primero (1), obra en el modelo de ciencia del derecho en el que antiguamente se consideraba que al hacer jurisprudencia –y describir por vía de interpretación el contenido de las normas jurídicas– se elaboraba ciencia jurídica. Sin embargo, la ciencia jurídica y la interpretación del derecho no están rezagadas a un único intérprete (operador judicial), por lo que se delimita así que, cuando los jueces a través de la jurisprudencia determinan por vía de descripción el contenido de las normas jurídicas, la sentencia o documento que oficializa dicha interpretación se erige como nuevo objeto de interpretación, donde el agente investigador arroja enunciados jurídicos y proposiciones normativas sobre el derecho legislado y el derecho creado jurisprudencialmente; momento al que se adscribe como disciplina la filosofía jurídica (1.1). Por último, el nivel de ciencias auxiliares permitirá emparejar el

aspecto normativo con el aspecto fáctico, y pondera en materia de metodología de la investigación jurídica el uso combinatorio de métodos de investigación de distintas disciplinas del conocimiento.

A pesar de representarse como niveles de análisis, ello no implica que la existencia de ciencias auxiliares del derecho haya hecho desaparecer el modelo de ciencia legal. En cambio, lo que demuestra la moderna metodología de la investigación jurídica es que ambos modelos se deben emplear en el desarrollo de los problemas de categoría dual (de investigación y jurídicos).

## Referencias

- Aarnio, A. A. (2013). ¿Una única respuesta correcta? En A. A. Aarnio, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. México: Fontamara.
- Agudelo, O. L. (2015). *Teoría jurídica y enseñanza del derecho*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Alchourrón, C. B. (2013). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alonso, J. (2013). Principios jurídicos implícitos y coherencia. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 357-385.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Bayón, P. (2013). Sobre la tópica jurídica en Viehweg. *Revista telemática de filosofía del derecho* (16), 83-108.
- Bernal, C. (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. En E. F. Cáceres, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho* (pp. 17-35). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bernasconi, A. (2007). El carácter científico de la dogmática jurídica. *Revista de derecho*, 9-37.
- Caracciolo, R. (2013). Propositiones normativas y objetividad: revisión de un problema. *Análisis filosófico*, 38, 13-34.
- Cracogna, J. (2000). La abducción en el método jurídico. *Lecciones y ensayos* (76), 159-166.
- Cruz Parceró, J. (2006). Los métodos para los juristas. En C. Courtis, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Farias, G. (2003). *Lógica jurídica*. México: Porrúa.
- Feyerabend, P. (1975). *Tratado contra el método*. Madrid: Tecnos.

- Garza, J. (2013). Aproximaciones a los *critical legal studies* en torno al componente ideológico en la educación jurídica. *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*.
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Giraldo, J. (2002). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Gordon, R. (2010). Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en las que se apoyan. *Yale Law School*.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía* (43).
- Iturralde, V. (1991). Sobre el silogismo judicial. *Anuario de filosofía del derecho*.
- Jiménez, R. (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- La Torre (2011). *Bases metodológicas de la investigación jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MacCormick, N. (1994). *Legal reasoning and legal theory*. Clarendon Press.
- Marcilla, C. (2013). Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 43-83.
- Mardones, J. (1991). *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*. Barcelona: Anthropos.
- Martínez, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons.
- Medina, D. (2002). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Moreso, J. (2010). Los desacuerdos en el derecho. En J. P. Moreso, *Los desacuerdos en el derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Navarro, P. (2006). Lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento. *Análisis filosófico*, 26 (2), 190-228.
- Nicolás, J. F. (1997). *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Tecnos.
- Orrego, C. (1995). El valor científico del positivismo jurídico. Un argumento de H. L. A. Hart. *Revista Chilena de derecho*, 22 (1), 23-40.
- Perelman, C. (1997). *El imperio retórico*. Bogotá: Norma.
- Platón (2014). *Gorgias*. Madrid: Rialp.
- Puigarnau, M. (1978). *Lógica para juristas*. Barcelona: Bosh.
- Quintana, F. (1970). La inducción en la ciencia jurídica. *Anales de la Facultad de Ciencias jurídicas y sociales*, 10 (10).
- Sáenz, L. (1991). *Procesos de investigación jurídica*. México: Porrúa-UNAM.

•El método jurídico: entre la ciencia legal y las ciencias auxiliares del derecho•

- Sampieri, J. (2010). *Metodología de la investigación*. México: McGraw Hill.
- Schmill, U. (2000). El positivismo jurídico. En E. Valdéz, *El derecho y la justicia*. Madrid: Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía.
- Sendra, J. (2015). La concepción del derecho como integridad: Ronald Dworkin. *Ciencia jurídica*, 4 (8), 117-136.
- Tantaleán, R. (2015). El alcance de las investigaciones jurídicas. *Derecho y cambio social*, 41, 1-22.
- Vaquero, A. (2014). Dogmática jurídica. *Eunomia: revista de cultura de la legalidad*, (6), 245-260.
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus.
- von Wright, J. (1980). *Explicación y comprensión*. Madrid: Alianza.





# LA SEMIÓTICA JURÍDICA COMO METODOLOGÍA. ANÁLISIS LÓGICO-SEMIÓTICO DE CONSTRUCCIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS

Jorge Enrique León Molina\*

## Introducción. Concepciones metodológicas básicas

Para la construcción de un determinado sistema científico es requisito fundamental la especificación del lenguaje que, por un lado, transmitirá el cuerpo dogmático del sistema en cuestión, y, por otro, presentará lingüísticamente las deducciones propias del análisis lógico que permite la creación de ese sistema al interior de la ciencia, con el objeto de intentar resolver una pregunta básica: ¿cómo construir un lenguaje científico válido? Para Braithwaite, toda especificación de la ciencia desde un sistema debe hacerse atendiendo a una forma deductiva, en donde se “sigan lógicamente los resultados observables de un conjunto de hipótesis fundamentales surgidas en ese sistema” (1963, p. 38). Esto quiere decir que en la conceptualización de un determinado sistema de la ciencia deben tenerse en cuenta dos elementos, tanto el sistema del cual se extrae la información como las

---

\* Abogado; magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Docente e investigador del Grupo de estudios legales y sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia. leon\_0904@hotmail.com, jeleon@ucatolica.edu.co

variables que se obtienen de la aplicación de esas reglas generales, por medio de un método: el deductivo.

Estos sistemas parten de un conjunto inicial de proposiciones, que Braithwaite denomina proposiciones iniciales, seguidas por una sucesión de proposiciones, llamadas deducidas, que surgen alrededor de las iniciales, y, a su vez, permiten deducir sucesivamente otras proposiciones. Por lo cual:

Toda proposición del sistema se sigue, ya mediatamente, ya inmediatamente, del conjunto de proposiciones iniciales, y toda proposición deducida aparece al final de una cadena de pasos deductivos que comienza con el conjunto de proposiciones iniciales; la cadena que se sigue puede ser larga o corta, pero siempre tiene una longitud finita (Braithwaite, 1963, p. 39).

De esta manera, las deducciones de proposiciones que componen el cuerpo de la ciencia no son infinitas, sino que tienen una longitud aproximada de operaciones plausibles, que constituyen el cuerpo de la ciencia que se está construyendo o reconstruyendo, “con el fin de reconstruir hechos y explorar nuevos territorios en el marco del conocimiento científico” (Bunge, 1990, p. 58).

Las proposiciones, sean iniciales o deducidas, siempre se muestran como expresiones simbólicas, representadas en fórmulas que den cuenta de la relación lógica que permiten y que presentan, como lo expresa Mackie, siguiendo a Locke: “Se puede construir una geometría deductivamente sólida, en donde sus teoremas se sigan deductivamente de sus axiomas y definiciones” (1988, p. 128); la sucesión de fórmulas representa tanto las proposiciones iniciales —que son, en todo caso, aquellas que se presentan en un modo axiomático— como las proposiciones deducidas, que se muestran siempre en forma teorema, dado que constituyen las proposiciones susceptibles de modificación debido a su continuo replanteamiento por parte del sistema lógico de la ciencia, sin ser “un mero acopio de normas agrupadas alrededor de un conjunto de proposiciones deducidas” (Latorre, 2012, p. 123).

Así las cosas, “toda formulación que se presente será una formulación producto de una consecuencia inmediata de proposiciones expresadas por una cláusula precedente, lo que evidencia, en cada momento deductivo, una sucesión de pasos para llegar a esa conclusión” (Braithwaite, 1963, p. 40). Esto nos quiere decir que el lenguaje simbólico de las formulaciones lógicas es el mecanismo idóneo para la presentación de resultados de investigación deductiva, es un

método lógico de análisis de realidades fenoménicas susceptibles de creación de variables científicas que, a la postre, justifiquen un nuevo estadio del conocimiento científico.

De todo sistema deductivo, además, debe extraerse un cálculo, que no es más que toda representación de un sistema determinado, de suerte que “a cada principio de deducción corresponde una regla de manipulación de símbolos” (Braithwaithe, 1963, p. 41); esto explica el uso de la regla básica de deducción como una regla tendiente a la manipulación de símbolos, cuya pretensión de corrección está supeditada al examen de su operatividad.

Además, el fundamento último de necesidad del cálculo radica en que este permite que el pensamiento se haga explícito, lo cual está fundamentado en el principio básico que reza que “no puede utilizarse principio alguno de deducción que no esté representado en él por una regla de manipulación de símbolos” (Braithwaithe, 1963, p. 41), modelo básico y necesario en la construcción de todo modelo científico.

Ahora bien, podríamos plantear una relación de necesidad entre el sistema deductivo y el cálculo que lo explicita, dado que el cálculo de las deducciones posibles derivadas de un axioma general no son razonamientos meramente accidentales, sino que son producto de una experiencia que se tiene sobre la determinación de ese objeto científico que se busca, experiencia que “se somete a contraste con la coherencia interna del sistema; tanto del que emana, como del que va a recibir esa información” (Popper, 1971, p. 32); de esta manera, la lógica formal y las ciencias positivas se basan en este modelo, por cuanto permite “la semántica de cada cálculo proposicional, poniéndolo en relación con el sistema deductivo originario, y planteando las formas en las cuales se expresan los símbolos formalizados que las expresan” (Braithwaithe, 1963, p. 42).

Braithwaithe, además, plantea que la forma de las proposiciones emanadas de un sistema deductivo corresponde a las proposiciones contingentes, cuyo estudio a la luz de la construcción de modelos deductivos de sistemas científicos presenta dos condiciones:

1. La explicación contextual de cada parte del cálculo empleado, con atención especial a los pasos que permiten la deducción de nuevas proposiciones momento a momento.

2. La complejidad del modelo científico que surja del cálculo deductivo irá ampliándose en la medida en que el cálculo se haga más y más específico.

Sin embargo, “la naturaleza del cálculo proposicional estará supeditada a la abstracción propia de su relación con el sistema deductivo que lo permite” (Braithwaite, 1963, p. 42).

El cálculo se muestra en Braithwaite como un juego, de un solo jugador, donde se presentan ciertos pasos que permiten deducciones en momentos y espacios determinados con base en sucesiones de cálculos nacidos de un cálculo inicial. Cada una de esas líneas de deducciones son llamadas fórmulas: las iniciales son aquellas que determinan cómo se pueden construir, desarrollar o replantear las reglas que van a constituir el cálculo científico; las reglas de construcción serán, entonces, aquellas que van a permitir determinar cómo y en qué medida se hace una determinada sucesión de fórmulas de acuerdo con la forma en que la inicial determina que debe plantearse deductivamente el sistema; se muestra así un “sistema formal que se presenta en variables metalingüísticas centradas básicamente en su completud, consistencia, decidibilidad” (De Lorenzo, 2005, p. 23), y podríamos plantear unas reglas de límite que no son más que aquellas que admiten limitar tanto el alcance de las operaciones permitidas, como la voluntad del agente de realizar o no el cálculo deductivo (Braithwaite, 1963).

En este orden de ideas, para Braithwaite, la construcción de una operación a la luz de una fórmula, “escribiendo en el elemento izquierdo de la misma cualquier elemento que, o bien sea idéntico a cualquier elemento que constituya una parte de una fórmula ya existente; o bien lo contenga” (Braithwaite, 1963, p. 44), y, al lado derecho debe colocarse la significación, contextualización o deducción del elemento izquierdo. La relación entre ambos está supeditada al uso de conectores lógicos que vinculan las variables izquierda y derecha de la fórmula, y esas partes, precisamente, son analógicas: la derecha no es más que la explicitación de la izquierda en contextos u operaciones que, o la contengan, o la especialicen, por ejemplo:

$$(\alpha\beta)\leftrightarrow((\lambda\mu)\beta)$$

en donde, según la explicación anterior, el consecuente de este bicondicional surge como la explicación del contenido en el conjunto  $\alpha$ ; esta explicación surge como un análisis deductivo de la composición de esa proposición inicial, en un conjunto de operaciones formalizadas gráficamente (Braithwaite, 1963, p. 45);

es casi como si se dijera que, por ejemplo, el antecedente expresa que todos los hombres son buenos, y el consecuente dijera que los hombres mulatos son buenos.

Sin embargo, el primer paso consiste en determinar las formas semióticas en las cuales se puede elaborar una conceptualización lingüística de la ciencia que se quiere estudiar, en donde “se pretende tanto caracterizar clases de estructuras, como definir los elementos propios de una estructura científica determinada” (Jané, 1997, p. 108); esta investigación, a la luz de lo expuesto en los niveles de investigación jurídica, es de corte dogmático-hermenéutico, dado que pretende la construcción de lenguajes ideales que soporten el estudio lógico-científico del derecho.

### *La semiótica como forma de nominación de términos*

La semiótica es “la ciencia en virtud de la cual son estudiados los objetos presentes en el mundo real, más concretamente, los enunciados en virtud de la física y la práctica” (León, 2012, p. 294); esto, desde Locke, implica que la semiótica “procura construir una teoría general de los signos en todas sus formas; ya sea lingüística o extralingüísticamente, individual o social, animal o humana, etcétera” (León, 2012, p. 294). Por otro lado, Morris, citado por Blasco, señala que “es muy amplio, dada la ubicuidad del signo, que está presente en muchas partes. Esto permite que esta ciencia se relacione con disciplinas muy variadas y diversas” (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999, p. 66).

Para comenzar a analizar semióticamente el lenguaje se parte del concepto de signo. Desde León, “un signo no es un signo en sí mismo, sino que lo es en tanto que actúe como identificación lingüística de una determinada realidad” (León, 2012, p. 295), lo cual implica que podría representar cualquier cosa presente en una realidad determinada; en la medida en que, o tenga significación, o simplemente sirva para representar una cosa en concreto, el estudio de estas relaciones signíicas “es la vía de acceso al estudio sistemático de inferencias lógicas más complejas” (Cohen y Nagel, 2001, p. 141). Para Peirce, en todo caso, un signo es “cualquier cosa que es determinada por otra cosa, denominada objeto, y que así determina un efecto sobre una persona o cosa, denominada interpretante, siendo este último determinado por el signo” (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999, p. 60).

Al tenor de lo expuesto, una relación signica se define como la relación de tres elementos: un signo, un objeto y un pensamiento interpretante, que también tiene la forma de un signo; así las cosas “esta facultad del signo de mediar entre un objeto y su interpretante, es conocida como *terceridad*” (León, 2012, p. 295); relación que tendría una forma como la siguiente:

Objeto → pasa al → Signo → produce un → Interpretante

Esta relación podría, por ejemplo, presentar la siguiente conexión de signos, que evidencia claramente tanto los elementos del signo, como la relación de terceridad: “Juan tomó el dinero y la cartera de María, amenazándola con un cuchillo”.

En el anterior ejemplo, el objeto es la causa de la acción delictiva, el cual es la forma en la cual se cometió la acción lesiva a María, lo que produce la interpretación de dicha acción a la luz del sistema penal, nominándola con un signo jurídico: hurto.

La relevancia práctica radica en que “hace referencia a la esencia del signo, ya que sirve para mediar entre el objeto y el interpretante” (León, 2012, p. 295). Para comprender a cabalidad su operatividad deben tenerse en cuenta tres elementos en su composición: objeto, signo e interpretante; por otro lado, la acción signica, como relación existente entre los elementos propios de la terceridad presenta dos elementos:

1. Una relación entre el signo y el objeto que describe.
2. Otra relación entre el signo y el intérprete, en donde este último funciona como “mediador entre el objeto y el interpretante, cuya función es que el objeto pueda determinar un intérprete a través de él” (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999, p. 62).

El signo y el interpretante se relacionan en una forma necesaria, puesto que uno no existe sin el otro, dado que “su existencia como signo depende de su capacidad de producir un determinado tipo de interpretación” (León, 2012, p. 296). Esto implica que, al vincularse mutuamente, el signo provee los elementos lingüísticos que dan lugar al interpretante; por lo cual, un signo lo es “en la medida en que pueda producir una interpretación; cuyo propósito, como signo, es producir un interpretante” (p. 296). Entonces, la terceridad sería la relación en virtud de la cual interpretante y objeto definen una cosa a través del signo producto de su mutua interacción.

Otro elemento de la construcción semiótica de conceptos es el *objeto*, que se define como “aquello acerca de lo cual el signo presupone un conocimiento adicional de la composición de un signo determinado” (León, 2012, p. 297). Esto quiere decir, que es la vocación significativa del signo respecto al lenguaje; sin embargo, es necesario anotar que “un signo puede ser malinterpretado: en la medida en que produzca interpretaciones no apropiadas. Esto dado que el signo no determina completamente el interpretante” (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999, p. 63). Así, el signo es la forma lingüística del objeto, en cuanto a sus características u operación en la realidad fáctica, a través de sus relaciones operativas; estas relaciones constituyen los denominados fundamentos del signo, los cuales son las formas propias del lenguaje que definen su objeto; dicho de otro modo, constituyen el modo en que el interpretante se relaciona con un objeto por medio de un signo, por cuanto “la complejidad de los lenguajes naturales es mayor que la de los lenguajes carentes de contexto” (Gamut, 2009, p. 229).

Al tenor de lo expuesto, el interpretante puede existir aun sin que se presenten ni el signo ni los elementos que den lugar a este; esto implica que “puede existir interpretante aunque no haya intérprete, en la medida en que el signo pueda producir una interpretación determinada en el momento en que ya haya un intérprete” (León, 2012, p. 296). En síntesis, la interpretación no implica, necesariamente, un sujeto que la descifre en todo momento, la vocación de interpretación de los signos se denomina significación, y permite que los intérpretes no creen interpretantes, sino que capten el sentido del signo, ya que: “El signo existe en todo momento, aunque en un momento determinado del espacio-tiempo no produzca ninguna representación mental de un objeto o situación en un sujeto, ya que su objeto es producirla. Es decir, la capacidad de producirla en uno o varios sujetos” (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999, p. 65).

Así las cosas, los interpretantes posibles de signos lingüísticos determinados pueden ser de tres clases:

1. Inmediato. Este interpretante expresa lo que el signo pide, dado que lo que este compone permite la correcta comprensión de un signo o un enunciado determinado. Por ejemplo: “Wilson representa judicialmente a Julieta en un proceso penal por lesiones personales”. En ello, el proceso penal es el signo, y el interpretante puede darse cuenta que Wilson es el

representante judicial de Julieta. El interpretante inmediato también se puede llamar *significado*.

2. Dinámico. Constituye el estado mental que determina el efecto inmediato que el signo, como signo, presenta en una determinada circunstancia. Esto implica que pueden llegar a incluirse todos los pensamientos que se pueden llegar a tener a la hora de interpretar un signo; esto es, “tanto los objetos como los signos propios de dicho signo; hasta alcanzar así al interpretante final” (León, 2012, p. 297). Por ejemplo: “Pablo disparó su arma de fuego contra César, causándole la muerte. Por tanto, Jorge representa judicialmente a Pablo en el proceso penal por el homicidio de César”.
3. Final. Implica la forma en la que el signo se identifica plenamente con el objeto que describe. Este interpretante puede existir si se tienen en cuenta “concepciones completas y verdaderas acerca de los objetos presentes en el signo” (León, 2012, p. 297).

Sin embargo, los interpretantes tienen relevancia en la funcionalidad del signo si se tiene en cuenta el *decisigno*, es decir, la capacidad electiva del signo de decidir cuál es su mejor interpretación. A partir de los decisignos se derivan dos formas del objeto, desde la relación signo-interpretante:

- El objeto inmediato. Implica el objeto que se representa por el signo lingüístico en forma directa.
- El objeto dinámico. Implica las formas en que el signo se puede presentar a través del tiempo, o de interpretaciones alternas o de operaciones diversas, entre otras.

Sin embargo, la clasificación del signo se determina a partir de la formulación de Peirce, en donde se define como la relación sostenida entre el signo y el objeto, en virtud de la cual “un determinado interpretante explotaba tal relación, y a la postre determinaba el tipo de interpretación por seguir” (Gianella de Salama, 1988, p. 15). Esta relación enunciada hace que el signo sea tal, es decir, en su fundamento de ser signo. Los signos se clasifican en:

- a. *Índices*. Un signo constituye un índice cuando representa una relación directa entre el objeto y su formulación, este determina la existencia del objeto, pero no describe sus cualidades. Este signo puede ser singular, en la medida en que “representa un solo objeto, y lo representa en su mera



existencia, sin descubrirlo ni describirlo” (León, 2012, p. 298). El índice también implica una relación de *secundidad* o sin signo, en donde se describe la existencia del objeto. De esta manera:

Los índices se diferencian de otros signos por medio de tres rasgos o cualidades: *Primera*. Los índices no tienen ningún parecido significante con los objetos. *Segunda*. Se refieren a Individuos, a unidades singulares, a colecciones singulares de unidades. *Tercero*. Dirigen la atención hacia sus objetos sin conocer previamente sus características (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999, p. 66).

- d. *Ícono*. Por otro lado, los íconos comparten y describen las características de los signos que describen, este isomorfismo entre el signo y su significación implica una analogía tanto entre el signo como entre sus características definitorias, sus formas operativas, su composición, y todos aquellos rasgos que lo individualizan. Así las cosas: “El ícono es aquel signo que representa cualquier cosa con la que exista una correspondencia de caracteres; es decir, en la medida en que la cosa contenga en sí misma una serie de propiedades que, al momento de ser explotadas, representen otras cosas, entonces el signo es icónico” (León, 2012, p. 298).

Podríamos ejemplificar el ícono de la siguiente forma: “el cuchillo de Juan es un arma blanca, pero también puede representar un cubierto de mesa, o el móvil mediante el cual Juan configuró el tipo penal de homicidio al atacar a Pedro, etcétera”.

- c. *Símbolo*. Un símbolo es “una abstracción de un objeto al cual se refiere una ley; en sí misma no opera, sino que requiere de una determinada asociación de ideas que vinculan tanto al objeto como al símbolo” (León, 2012, p. 299). El símbolo se justifica a través de la *ley* o el *hábito*, dado que no se habla de un solo objeto, sino de una pluralidad de objetos que tienen la misma significación. Esto implica que “un signo, como por ejemplo, un semáforo en verde, hace referencia a un objeto que autoriza la circulación de vehículos en un sentido. Mas, a su vez, es una réplica de un símbolo exactamente igual presente en alguna otra parte de la ciudad, y con la misma función” (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999, p. 74).

Según lo expuesto, es necesario que se hagan ciertas precisiones a la hora de justificar la relación entre los elementos propios del signo, como sigue:

1. Índices e íconos podrían tener una carga simbólica, en la medida en que la experiencia previa del intérprete sería capaz de plantear un sinfín de interpretantes válidos, que podrían estar representados en forma de hábitos o leyes, propios de los símbolos.
2. A su vez, los símbolos son generales en la medida en que su carácter normativo permite la delimitación de conceptos alternos que justifiquen una relación signica.

Entre índices, íconos y símbolos se presenta una relación de interacción dado que, desde su operación, se pueden delimitar los aspectos generales de la lingüística de un mundo real respecto de un mundo ideal. Por ejemplo: Andrés le dice a Pedro: “Esto es un atraco, déme su dinero o le disparo”, apuntándole con un arma. Expresamente le muestra el arma y su intención para así configurar el hecho denominado hurto, no una idea de este hecho. Si solo apunta el arma sin decir nada se presenta “un conector dinámico de la acción perseguida por Juan, que en este caso sería vaga, ya que puede perseguir un *hurto*, un *homicidio*, o unas *lesiones personales*” (León, 2012, p. 299) dado que:

La tridivisión entre índices, íconos y símbolos es en realidad una subdivisión de los símbolos: símbolos-índices, símbolos-íconos y símbolos-símbolos. Son estos últimos los que se consideran puramente convencionales, ya que si no lo fueran, su significado se tendría que determinar por medio de una ley o un hábito. Entonces, un *símbolo convencional* es aquel signo constituido como signo; es decir, se usa y se entiende como tal, independientemente del hábito o ley originaria, y sin atender los motivos que le originaron (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999, p. 76).

### Los problemas propios de la sintaxis

La sintaxis se define como la rama de la semiótica que estudia “un aspecto del signo en la relación semiótica” (León, 2012, p. 299), en donde se desarrolla un lenguaje propio para la explicación de los conceptos que describen los objetos presentes en el mundo real; sin embargo, el signo no es un asunto propio de una u otra forma de semiótica, dado que no se puede dar cuenta del signo separadamente de su significación, esto presenta un problema básico de la semiótica: la ambigüedad latente en el caso de distinción de un concepto a la luz de alguna de las ramas de la semiótica.

Asimismo, la sintaxis se presenta como la forma en la cual se estudian las relaciones entre signos, a través de reglas sintácticas definidas como “reglas que determinan las combinaciones independientes y permitidas entre los elementos de un conjunto de oraciones” (León, 2012, p. 299). El producto de las relaciones entre signos forma las oraciones, que se constituyen para formular reglas de transformación que sirven para “determinar las oraciones que pueden obtenerse a partir de otras oraciones; esto es, una aplicación del método deductivo” (p. 300).

Ello implica que la sintaxis presenta la forma abstracta de los enunciados, y las formas en las cuales estos se presentan, y establece reglas válidas para la construcción de oraciones significativas, independientemente del contenido de las mismas. En el caso de los lógicos,

ellos hacen el estudio de los sistemas de signos componentes de los lenguajes en un cierto grado de abstracción, dejando de lado los aspectos sintácticos de otros problemas sgnicos, dado que el objeto de estudio de los lógicos ha sido siempre solo un tipo de oración: los *enunciados*. Es decir, aquellas oraciones que son susceptibles de calificarse como verdaderas o falsas. En resumen, la sintaxis lógica es solo una parte de la sintaxis (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999, p. 81).

Por otro lado, la sintaxis asume la operación de los signos en las oraciones, y determina tanto sus relaciones posibles como los signos necesarios para describir la circunstancia fáctica que se pretende demostrar. Según Morris, al respecto surgen en una oración dos tipos de signos: el *dominante* y el *especificador* (Cohen, 1975). Veamos: “Un cierto signo *dominante* con relación a ciertos *especificadores* puede ser *especificador* respecto de otros” (León, 2012, p. 300). Por ejemplo: juez puede ser especificador de abogado, pero abogado puede a su vez ser especificador de hombre; así pues, en la oración “quien quiera ser juez de la república debe ser abogado”, el signo dominante será juez, y abogado será un especificador. Sin embargo, si describiéramos las calidades necesarias por el abogado para ser juez, la oración se especificaría aún más. No obstante, “esta clasificación de los signos en *dominante* y *especificador* ha de ser tomada en cuenta en forma relativa; ya que ningún término es *dominante* o *especificador* en sí mismo, sino en su función con relación a otro en virtud de una oración determinada” (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999, p. 82).

Por otro lado, si pretendemos que la oración exprese una situación propia de la realidad necesitamos, entonces, emplear los denominados *signos indéxicos*,

que “nos sirven para localizar el objeto del que queremos hablar” (León, 2012, p. 301). Así pues, una oración susceptible de ser verdadera o falsa implica signos indéxicos, los cuales son un código caracterizador dominante con posibles especificadores de caracterización, y algunos signos que muestren la relación de los caracterizadores e indéxicos entre sí y con respecto a los elementos de su propia clase, con el fin de “determinar las formas básicas en las que se expresa lingüísticamente un sistema” (Morin, 1984, p. 115). Aunque se puedan determinar lingüísticamente las conexiones entre signos usados,

estas conexiones entre las palabras establecen relaciones de dependencia mediante las cuales un término *regente* se une para con un término *subordinado*; sin embargo, estas relaciones sánicas son relativas, dado que la regencia o dominancia de un signo no implica que el otro signo esté subordinado a Él, ya que puede subordinarse a un tercer signo (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999, p. 82).

### Determinación de signos lingüísticos dominantes

La oración, como conjunto de signos con significación, se compone de ciertos caracteres: sus conexiones, sus proposiciones, los signos de puntuación. Así las cosas, la oración no es más que “un conjunto organizado compuesto por signos denominados *palabras*, y por la conexión existente entre los signos, que permite la existencia de la oración” (León, 2012, p. 301). En caso de que un signo *dominante*, también llamado *regente* en la concepción sánica de L. Tesnière, citado por Blasco, tenga varios signos *subordinados*, esta oración toma el nombre de *nudo* (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999). El *nudo* por lo general es un verbo; y en virtud de esta relación con el nudo, puede ser de dos formas:

- *Actantes*. Definen cosas que participan en el proceso lingüístico a partir del verbo. Estos pueden ser cosas, personas, objetos, animales, etcétera.
- *Circunstantes*. Por otro lado, estos definen los elementos del nudo que expresan las circunstancias de tiempo, modo, lugar que tiene una determinada oración.

Complementario a la dualidad antes presentada, los actantes pueden ser de dos formas:

- *Monovalentes*. Son aquellos verbos que solo rigen un actante. Por ejemplo, el verbo correr. En la lógica clásica, llamados *predicados monádicos*.

- *Bivalentes*. Son aquellos verbos que rigen dos actantes. En la terminología propia de la lógica formal equivaldría a los llamados *predicados diádicos*.
- *Trivalentes*. Hace referencia a los verbos que determinan las acciones en dos actantes. Desde el modelo de la lógica clásica se hace referencia a los predicados triádicos.

Por otro lado Blasco, siguiendo a Morris, determina que:

Desde el punto de vista formal los signos pueden dividirse sintácticamente en constantes y variables individuales y constantes y variables predicativas; entendidas como los correlatos formales de los índices y los caracterizadores. Los operadores corresponden a caracterizadores de clase. En cuanto a los puntos, paréntesis y corchetes, son recursos lingüísticos necesarios para indicar ciertas relaciones entre signos. Estos signos tienen el nombre de *formadores*, que además incluyen las constantes lógicas; es decir, el conjuntor, disyuntor, la implicación, la negación, la doble implicación, entre otros (Blasco, Grimaltos y Sánchez, 1999, p. 83).

A partir de la construcción semiótica de un lenguaje aparentemente operativo, se planteará un lenguaje propio para el estudio del derecho.

### *Composición lingüística del derecho*

El derecho se compone de normas jurídicas de varios tipos, pero compuestas siempre por palabras que, como elementos propios del lenguaje, se relacionan semióticamente para expresar con claridad el signo jurídico-lingüístico que componen. Sin embargo, la relación entre normas y lenguaje es un tanto problemática, en la medida en que, por un lado, las normas se expresan por medio del lenguaje, y, por otro, las expresiones lingüísticas posibilitan no solo la existencia sino la identificación de criterios normativos. Es entonces cuando se afirma que cada formulación lingüística expresa en su seno un criterio normativo diferente. Así, conviene ahondar un poco más en la clásica distinción entre normas y proposiciones normativas, con el objeto de demostrar correctamente tal relación, más allá de la enunciada por Alchourrón cuando aclara que “la lógica deóntica es la lógica de las formulaciones normativas, y la lógica normativa es la que atañe a las normas” (1991, p. 25).

Para von Wright, la formulación normativa es “el signo o símbolo usados al enunciar (formular) la norma” (1979, p. 109), es decir, son aquellas entidades

pertenecientes al lenguaje que permiten, en su denotación, la expresión de una norma determinada; von Wright especifica que el lenguaje no solo abarca las formas escritas, sino todo aquel símbolo que pueda significar algo, y que pueda ser vehículo para la expresión normativa. Por ejemplo, las miradas o los gestos de desaprobación para expresar la prohibición de hacer algo, así como la luz roja del semáforo que expresa la prohibición de seguir conduciendo. Es importante que estas formulaciones estén expresas en lenguaje prescriptivo; es decir, deben contener el sentido y la referencia de la norma misma. Para Bulygin y Mendonca es necesario que toda norma suponga un uso del lenguaje, razón por la cual, la autoridad encargada de emitir la norma usa una suerte de símbolos propios de una comunidad lingüística, que permitan la transmisión de esta en un lenguaje claro para toda la comunidad lingüística; así, la formulación normativa permite la transmisión del sentido de la norma o las normas, de forma clara, a todos los sujetos que se constituyen como sus destinatarios, dado que “su objetivo es motivar determinadas conductas socialmente aceptadas” (2005, p. 16). En Kalinowski, las proposiciones normativas constituyen semisímbolos, es decir, expresiones lingüísticas que transmiten el deber ser normativo, o sea, las funciones de designación y de significación de la norma al plano de la aplicación de la misma, dentro de la cual,

los semisímbolos vienen expresos en forma de lenguajes naturales, que expresan el sentido bajo el cual la norma se hace aplicable en un contexto y bajo unas circunstancias determinadas. Estos lenguajes plantean la expresión de las posibilidades fácticas de aplicación de las mismas, y la atemporalidad de la norma, además de su generalidad y su vocación de aplicación como parte de la conformación de una norma particular (1973, p. 39).

La norma, por el contrario, al ser prescripción de la formulación normativa, da a conocer el carácter, los sujetos, el contenido y las condiciones de aplicación de las mismas. Su formulación en el lenguaje se conoce como promulgación, y tiene una forma especial de expresarse lingüísticamente, la cual es denominada por von Wright como “usos ejecutorios del idioma”, en donde “estos usos plantean la forma en la cual la norma adquiere una existencia fáctica, es decir, toma un ser; y explican la formulación lingüística necesaria para establecer la relación entre la autoridad de la norma y el sujeto de la misma” (1979, p. 110).

Esto expresa la vinculación necesaria entre la formulación de las normas y el lenguaje. En Kalinowski, las normas constituyen un símbolo en virtud del cual se contienen ya sea las obligaciones, las permisiones o las prohibiciones que plantea el sistema jurídico para regular la conducta humana en sociedad; sin embargo, “estos símbolos constituyen la expresión de un deber ser normativo en forma de un ser normativo, es decir, a partir de un lenguaje natural, se expresan lenguajes tendientes a dirigir o encausar los actos humanos hacia un fin: la convivencia social” (1973, p. 38).

Bulygin y Mendonca definen norma como “una prescripción, emitida por un agente humano, que obliga, permite o prohíbe diferentes estados de cosas” (2005, p. 15); esta definición implica tanto órdenes como mandatos, enmarcados en las formulaciones deónticas expresadas por von Wright, que constituyen un tipo de normas presentes en el sistema jurídico: también pueden existir normas definitorias, constitutivas o derogativas. Las normas son producto de la potestad de una autoridad competente para ello.

### **Lenguaje semióticamente normativo**

Para Jordi Ferrer y Jorge Luis Rodríguez, una misma formulación puede expresar más de una norma, dado que permite agrupar, ya sea por analogía, especialidad o sinonimia un conjunto de normas determinadas, lo cual quiere decir que “no es solo afirmar que son un conjunto de símbolos con vocación de significación, sino también la interpretación que se le da a estos en el marco de la aplicación misma de ellos como normas” (2011, p. 31). Podríamos ejemplificar esta relación como que “el código civil determina las relaciones de los hombres en sociedad”, y que esta fuera una formulación lingüística que agrupara, en su contenido, todas las normas contenidas en la normatividad de corte civil.

El problema de la distinción, al tenor de lo expuesto por Ferrer y Rodríguez, plantea dos problemas esenciales, que giran en torno al uso del lenguaje:

1. La naturaleza de la interpretación de las normas jurídicas. En este caso se plantean tres formas de interpretar las normas jurídicas, paradigmáticas en el estudio del derecho, estas son:
  - Tesis de la única interpretación correcta. Esta tesis plantea que las interpretaciones son un proceso de conocimiento, en el cual todo texto

legal tiene una única interpretación adecuada; cuya labor, precisamente, del intérprete es encontrarla.

- Tesis de la indeterminación radical. En esta tesis, la interpretación ya no es de mero conocimiento, sino que es un proceso de decisión y discreción por parte del operador, lo cual implica que el sujeto tiene un sinfín de posibilidades de acción, entre las cuales escoge la que mejor le parece que se adecua al caso concreto.
  - Tesis de la indeterminación parcial. Esta mixtura plantea que la interpretación es posible que sea, en unos casos de mero conocimiento, y en otros de decisión; de acuerdo a si se estudia un caso fácil o difícil, razón por la cual “se justifica ese abanico de posibilidades de acción, igualmente plausibles, pero todas limitadas por el derecho” (Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 32).
2. ¿Todas las normas son reglas? Para resolver esta pregunta se debe hacer la evaluación concienzuda de la aplicación de una cierta proposición normativa a un caso concreto, y en tal estudio, evidenciar que dicha norma es correcta para solucionar el caso sometido a estudio. En Wittgenstein implica la relación de una proposición determinada con la cosa que denota, y viceversa, una relación en donde

el estado de cosas es una conexión de objetos (cosas). Lo cual quiere decir que, para determinar la relación lingüística de una cosa con un estado de cosas, debe tenerse en cuenta tanto su relación sintáctica, como su significación en un entorno lingüístico y fácticamente posible (1997, p. 15).

Para no ir tan lejos, si se quiere aprender un lenguaje determinado, lo primero que debe determinarse son las reglas de uso de tal lenguaje, las cuales plantean, no solo su existencia, sino su correcta aplicación. El estudio para determinar la aplicación de una norma arroja, como gran resultado, una pauta de corrección que permite la clasificación de las mismas como reglas propias del sistema normativo usado.

Es necesaria la delimitación conceptual de dicho lenguaje con miras tanto a su especificidad, como a no procurar una reducción al absurdo; para lo cual, el proceso de desarrollo de este debe consistir en el desarrollo de proposiciones lingüísticas de corte normativo que, como primera medida,



sean expresas y consistentes con el sistema al cual van a pertenecer; sin embargo,

la pretensión es que las reglas puedan ser utilizadas como justificación normativa de la decisión jurídica adoptada en un caso sometido a estudio; en la medida en que el uso de estas implica la determinación de la existencia de una u otras más, lo cual implica también la observancia de un sistema jurídico determinado, que agrupa tales reglas, y posibilita su interacción (Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 33).

Como segunda medida, obviar las tesis reduccionistas, que permitan lo contrario a la reducción al absurdo, y es especificarse tanto que el objeto de análisis de estas sea poco determinable. Como tercera medida, la claridad entre expresiones del ser y expresiones del deber ser es fundamental, dado que si es de una o de otra forma, permiten el desarrollo sistemático-formal del sistema planteado: o se explican hábitos o reglas de corte moral, o se buscan reglas jurídicas con vocación de aplicación y coacción para hacerlas exigibles; y, por último, tendría que tener en cuenta la generalidad de las mismas. Entre más general sea la formulación lingüística, expresa un conjunto más amplio de posibilidades de acción y regulación; no solo desde el punto de vista meramente fáctico, sino también temporal, normativo, lógico, entre otros. Estos puntos de vista implican no solo una situación fáctica normativamente delimitada, sino un conjunto de ellas, lógicamente estructurado, planteado con el fin de que, en un determinado tiempo, modo y lugar, una circunstancia fáctica halle solución jurídica al interior de tal conjunto, lo cual garantiza la clásica premisa de complementariedad que se plantearon los positivistas de antaño. Aunque se es consciente de que “no solo a punta de reglas se llenan los conjuntos, mediante procesos de axiomatización sí se pueden llegar a complementar” (Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 34).

Hay que tener presentes criterios preanalíticos que puedan influir en la distinción entre normas y proposiciones normativas, en cuanto a la admisión de sus relaciones lógicas, al menos si se tiene en cuenta que:

1. La formulación de normas obedece a un criterio prescriptivo del lenguaje, lo cual significa que las normas no contienen un criterio de verdad o falsedad en su interior, y que imposibilita un estudio de lógica general o de primer orden. Esto supone un problema grave a la hora del estudio de

los lenguajes normativos, dado que plantea límites a la conceptualización del derecho.

Cohen afirma que una proposición adquiere una denotación completa solo si se refiere a un contenido determinado; es decir, a un estado de cosas presente en el mundo real. Esto implica la relación entre la formulación lingüística que se plantea a la hora de expresar algo, y la cosa que en sí se expresa. Así, una vez su denotación esté clara, se hace plausible la calificación de verdadera o falsa si y solo si “lo que significa es parte integrante del complejo mundo del cual depende” (1975, p. 48). De lo anterior se puede deducir que no es posible afirmar la verdad o falsedad de una proposición determinada sin tener una explicación adecuada de lo que es la cosa, de las condiciones de existencia de la misma, y de por qué se posibilita; en caso contrario, el signo es incompleto, no permite calificación veritativa, y no constituye, de ninguna forma, una proposición.

Jorgen Jorgensen planteó el problema de la aplicación del lenguaje a la norma en forma prescriptiva desde un dilema, que constituye a su vez el punto de partida de la lógica de las normas entendida actualmente. Kalinowski explica que, en Jorgensen, cada formulación es verdadera en el momento en que la orden que esta contiene es cumplida, y es falsa si pasa todo lo contrario; por tanto, “la proposición expresada de esta forma comprueba la existencia del hecho que posibilita la orden dada en el imperativo, denominada por Ross como el *Theme of demand*” (1973, p. 72) A su vez, Bulygin y Mendonca expresan cuatro tesis bajo las cuales se enmarca la aplicación de este problema:

- a. Las conectivas lógicas propias de su lenguaje (Y, O, Si y Solo Si, Si... entonces) permiten la inferencia de proposiciones ya sea como prescripciones o como conclusiones de proposiciones, lo cual implica su validez proposicional. Esto, en palabras de Bulygin, demuestra “el lenguaje normativo subyacente al lenguaje de la lógica formal” (Bulygin y Mendonca, 2005, p. 27). Esta similitud entre el lenguaje prescriptivo y el lenguaje descriptivo permite la demostración de las inferencias lógicas que posibilitan la existencia de las normas como premisas.
- b. Así como las relaciones de implicación y contradicción son definibles solo en términos de verdad o falsedad; así también son definibles los

conectores proposicionales. Esto significa que solo las expresiones susceptibles de calificación veritativa son objeto de estudio por parte de la lógica.

- c. Las normas no pueden ser calificadas como verdaderas o falsas.
- d. No hay relaciones lógicas entre normas; lo cual implica que no existe una lógica de las normas.

Estas relaciones expresadas anteriormente guardan entre sí una relación lógica, que posibilita su existencia, y que Bulygin explica de la siguiente forma:

- De B y C se infiere D, pero la inferencia de esta proposición contradice A; lo cual permite la demostración de la primera relación como un hecho preanalítico, es decir, analizable a partir del razonamiento que posibilita su existencia.
- Si se evita la proposición D, tiene que abandonarse, o la tesis B o la tesis C.
- Si se acepta de plano la tesis D debe, en consecuencia, desarrollarse un lenguaje lógico-normativo que reemplace el lenguaje lógico-normativo que no dio cuenta de la posibilidad A. Este es el punto central del surgimiento de la lógica de las normas, la expresión de un metalenguaje que permita tal posibilidad.

### **Apéndice: discurso normativo, lógica y semiótica**

Al negar la posibilidad veritativa tanto de las normas como de las proposiciones normativas, solo nos quedan un par de posibilidades de aplicación de la lógica al discurso normativo: por un lado, la consecuencia del razonamiento deductivo que posibilita la existencia de normas particulares; si se tienen estas como verdaderas o falsas, no puede haber posibilidad alguna de lógica de las normas. Por otro lado, ampliar el ámbito de aplicación de la lógica en el discurso descriptivo, caso en el cual, las posibilidades de deducción no serían susceptibles de ser verdaderas o falsas, es decir, anapofánticas. Sin embargo, también existe la posibilidad de la negación de la tesis C, en la cual ya no se tratarían términos como verdad y falsedad, sino expresiones de validez e invalidez, como “valores análogos que permitan el cálculo de una forma más acorde con el razonamiento jurídico” (Bulygin y Mendonca, 2005, p. 28).

Así las cosas, Ferrer y Rodríguez (2011) caracterizaron cuatro formas en las cuales las normas se relacionan con el lenguaje, a saber:

- a. *Sintáctica*. Desde esta forma se procura la identificación de las normas a la luz de enunciados lingüísticos que constituyan operadores de lógica de la acción; así surgen los operadores obligatorio (O), permitido (P) y prohibido (Ph), que en conjunción con una situación de hecho lingüísticamente expresada conforman lo que von Wright denominó *formulación normativa*, y que previamente se ha explicitado. Kalinowski, por su parte, expresa esta dimensión del lenguaje atendiendo a la relación entre expresiones del derecho, es decir, a los símbolos que el derecho utiliza para dar cuenta de la dirección de las conductas humanas. Estas funciones pueden ser: proposicionales, en caso de servir para el desarrollo de proposiciones normativas; nominales, en caso de servir para desarrollar una proposición compuesta dentro del sistema; functorial, en caso de desarrollar un determinado functor de relaciones lógicas dentro del derecho. No obstante, y atendiendo a Kalinowski, “esta creación proposicional con esas posibilidades de acción permiten la relación de símbolos dentro del sistema jurídico, a fin de realimentarse de normas que permitan su prolongación en el tiempo, es decir, de ampliar su validez” (1973, p. 47).
- b. *Semántica*. Bajo esta forma se caracteriza a las normas como el significado de las formulaciones normativas que se expresan de manera proposicional; o lo que es lo mismo, “determinan la validez tanto de las normas prescriptivas como de las descriptivas” (Alarcón, 2009, p. 42). Así, las expresiones de las normas son solo expresiones lingüísticas, las normas como tal son los meros significados de las mismas, y las proposiciones normativas constituyen los significados de tales en un caso concreto. Al respecto, Kalinowski también afirma que esta relación se posibilita en la relación entre la norma y su denotación, es decir, lo que la norma obliga, permite y prohíbe, ya sea en una circunstancia o en un momento determinado. Esta relación entre la norma y su denotación “se expresa en la relación símbolo (norma) y semisímbolo (proposición normativa)” (1973, p. 53).

En este caso se presentan tres posibilidades de práctica del derecho, y cada una muestra una aplicación de la semántica, es decir, de la conjunción de un símbolo y un semisímbolo a un caso concreto:

- La proposición normativa, en este caso, es el signo que permite la aplicación de una norma al caso de una obligación, una permisón o una prohibición. Indica, en pocas palabras, lo que se puede o no hacer.
  - La proposición estimativa recae sobre un juicio de valor, y expresa la bondad o no de una determinada acción; dicha calificación de buena, indiferente o mala podría servir de criterio para la reducción a una lógica modal, en casos de necesidad, posibilidad o indiferencia.
  - La proposición imperativa expresa una “intimación concreta definida” (Kalinowski, 1973, p. 55), ya sea positiva, en el caso que se diga “debes hacer esto”, o negativa, en el caso que se diga “no debes hacer aquello”. Esta intimación implica la obligación imperativa de hacer o no hacer, irreductible en una norma jurídica, ni a las estimaciones, aunque sí puede ser parte de una de las proposiciones de un silogismo normativo.
- c. *Mixta*. Bajo esta forma se entrevén las formulaciones sintáctica y semántica en una sola, y alude a la interpretación de la formulación lingüística de las normas jurídicas, sin tener en cuenta ni la proposición, ni la formulación ni el enunciado normativo; solo la relación norma-interpretación de la misma.
- d. *Pragmática*. En Kalinowski, la relación pragmática implica la determinación de las propiedades del derecho, y quienes las enuncian en momentos determinados. Así las cosas, las propiedades pragmáticas de las expresiones jurídicas pueden analizarse desde tres perspectivas, a saber:
- Pueden ser oficiales o no oficiales, dependiendo del rango o la autoridad de quien las emite.
  - Emanar de una autoridad competente o de una incompetente; dependiendo de “la vigencia de la autoridad que las emite” (Kalinowski, 1973, p. 52).
  - Un análisis netamente intuitivo, en la medida en que sea objeto o de derecho natural o de derecho positivo.

El estudio de las relaciones lingüísticas del derecho y su aplicación en el caso concreto es objeto de la pragmática; se trata de definir cuál es la mejor

interpretación, la mejor solución o la mejor argumentación a una determinada circunstancia fáctica objeto de estudio jurídico. Hay que tener presente, en todo caso, que en Kalinowski existen personas detrás de las expresiones del derecho, por ejemplo: las normas son enunciadas por el legislador, aplicadas por el juez, interpretadas por los operadores. Siempre tiene “una relación entre quien expresa el derecho y quien reflexiona acerca del fenómeno jurídico” (1973, p. 53).

*Lenguaje descriptivo como lenguaje propio de la función del derecho.* Otra corriente de la lógica jurídica concibe al derecho como compuesto por un lenguaje que permite el cálculo veritativo de las acciones en términos de verdad de enunciados descriptivos. Con fundamento, principalmente, en consecuencias, en contradicciones y en conectivas lógicas; en síntesis, el fundamento de validez de una norma jurídica como proposición está en su vinculación con otra norma jurídica. Un claro ejemplo de esto se da en la función judicial: los jueces, al decidir, fundamentan su decisión en una norma jurídica determinada, es decir, la labor de subsunción desarrollada por el juez obedece a la construcción de un razonamiento conformado por una premisa mayor, la norma general; una premisa menor, la circunstancia fáctica sometida a estudio, y una conclusión. Así, “la decisión tomada por el juez en tal caso, esta conclusión, corresponde a lo que se denomina una norma particular” (Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 35). El razonamiento producto de este ejercicio de corte descriptivo permite la delimitación conceptual de la función veritativa del procedimiento usado para su conclusión. Como ejemplo podemos plantear el siguiente:

Premisa mayor – El que matare a otro incurrirá en prisión de diez años.

Premisa menor – Juan dispara contra Pedro y le ocasiona la muerte.

Conclusión – Juan es condenado a prisión de diez años.

El problema de usar el lenguaje en forma descriptiva radica en que, inexorablemente, procurará representar de manera fiel la realidad que se trata de representar, y ello significa una ineludible asignación de verdad o falsedad a sus proposiciones compositivas.

## Referencias

- Alarcón, C. (2009). *Validez, lógica y derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alchourrón, C. (1991). Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas. En C. Alchourrón y E. Bulygin (eds.), *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Blasco, J., Grimaltos, T. y Sánchez, D. (1999). *Sigo y pensamiento*. Barcelona: Ariel.
- Braithwaite, R. (1963). *La explicación científica*. Madrid: Tecnos.
- Bulygin, E. y Mendonca, D. (2005). *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons.
- Bunge, M. (1990). *La ciencia, su método y su filosofía*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Cohen, M. (1975). *Introducción a la lógica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Cohen, M. y Nagel, E. (2001). *Introducción a la lógica y al método científico*. Buenos Aires: Amorrortu.
- De Lorenzo, J. (2005). Filosofía de la matemática: de fundamentaciones y construcciones. En A. Estany (ed.), *Filosofía de las ciencias naturales, sociales y matemáticas*. Madrid: Trotta.
- Ferrer, J. y Rodríguez, J. L. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Gamut, L. (2009). *Lógica, lenguaje y significado*. Buenos Aires: Eudeba.
- Gianella de Salama, A. (1988). *Lógica simbólica y elementos de filosofía de la ciencia*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Jané, I. (1997). Lógica de orden superior. En C. Alchourrón, J. Méndez y R. Orayen (eds.), *Lógica*. Madrid: Trotta.
- Kalinowski, G. (1973). *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires: Eudeba.
- Latorre, V. (2012). *Bases metodológicas de la investigación jurídica*. Valencia: Tirant Lo-Blanch.
- León, J. (2012). El lenguaje lógico-jurídico y su implicación en el estudio sistémico del derecho. En R. Duarte (ed.), *Disertaciones de la filosofía del derecho y la argumentación*. Bogotá: Editorial Universidad Libre.
- Mackie, J. (1988). *Problemas en torno a Locke*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Morin, E. (1984). *Ciencia con consciencia*. Barcelona: Anthropos.
- Popper, K. (1971). *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos.
- von Wright, G. H. (1979). *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Tecnos.
- Wittgenstein, L. (1997). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Madrid: Alianza.





# MODELOS LÓGICOS COMO MÉTODOS DE ESTUDIO SISTÉMICO DEL DERECHO. DETERMINACIÓN DE LA OPERATIVIDAD DE LENGUAJES IDEALES

Jorge Enrique León Molina\*

## Introducción: lenguajes ideales o expectativas de operación

Al hacer el análisis de formulaciones lógicas operativas en modelos clásicos o modales de operaciones semánticas, se puede caer en el error de la corrección de la fórmula, por encima de la explicación contextual o real de la misma. Los modelos de lenguajes surgen como las experiencias más plausibles a la hora de construir semánticas que permitan el análisis, el estudio y la sistematización de expectativas contrafácticas en el marco del estudio científico del derecho, pero no es el único modelo existente.

En esta investigación se presentan tres modelos de operación de lenguajes ideales: la conmensurabilidad, que funciona como una mera identificación de elementos comunes entre conjuntos de modelos operativos; la reducción, que funciona como la operación de compartir un determinado lenguaje entre conjuntos o

---

\* Abogado; magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Docente e investigador del Grupo de estudios legales y sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia. leon\_0904@hotmail.com, jeleon@ucatolica.edu.co

sistemas operativos, y que permite amplificar el espectro de operaciones comunes de los mismos; y la traducción, que es una operación de cierre, en donde a pesar de haber interacción de operaciones, la cláusula operativa de cada conjunto especifica aquellas comunes en variables de su propio lenguaje operativo. Estos modelos darían lugar a uno más genérico: el modelo de realidades, en donde Alchourrón nos muestra cómo podría ser operativo un sistema contrafáctico, sin necesidad de ser modélico, solo basta con una caracterización de la expectativa contrafáctica que quiera hacerse operativa, estructurar el lenguaje determinado, jugar con las variaciones en el tipo de lógica propuesto, y al final, desde el modelo axiomático-deductivo, el lenguaje será operativo.

Cabe anotar que este escrito presenta formas de validez de razonamientos normativos, a partir de un estudio de los operadores que permiten el análisis normativo del derecho, y estructura una suerte de lógica de la función dogmática de las formulaciones normativas con el propósito de, por un lado, facilitar el uso de modelos de operatividad lógica, y, por otro, amplificar el estudio de los operadores jurídicos modales.

### La conmensurabilidad como forma de comprensión del lenguaje

La conmensurabilidad es una relación que se presenta cuando dos conjuntos se intersectan; es decir, surge en el evento en que dos o más conjuntos comparten, desde operaciones, hasta elementos propios. León lo ejemplifica de la siguiente forma (2012, p. 301):

$$A = 1, 2, 3, 4 \dots \infty$$

$$B = 2, 4, 6, 8 \dots \infty$$

$$A \cap B = 2, 4$$

Es menester que, entre los conjuntos relacionados, haya compartimiento de información, “sin necesidad del desarrollo de nuevos conjuntos” (Schreiber, 2005, p. 19), sino con la mera identificación de esos elementos. En el caso de formulaciones jurídicas, cada conjunto hace referencia a un sistema determinado, que estructura una realidad fenoménica dada, en donde se pueden presentar muchas posibilidades susceptibles de estudio o análisis a partir del lenguaje que estructura la construcción del derecho.

Desde el razonamiento jurídico, la conmensurabilidad se circunscribe a la descripción de acciones en concreto, caso en el cual se hace necesario el uso de “la lógica del cambio de Georg Henrik von Wright” (Kalinowski, 1976, p. 67), dado que los hechos que posibilitan normas son meramente temporales. Desde la formulación de la lógica del cambio (pTp), y la relación de conmensurabilidad de los conjuntos ( $A \cap B$ ), León nos muestra una relación primaria, de la siguiente forma:

$$T(A \cap B) \equiv ((A) \cap (B)) T$$

A partir de esta relación, “la función de la lógica no es otra que, desde una perspectiva, presentar alternativas metodológicas que permitan el estudio de un determinado metalenguaje” (León, 2012, p. 302); y desde otra, “la función de la lógica, como base de todo razonamiento científico, [es] precisar tanto un significado, como el uso de las proposiciones en el marco de un cálculo” (Tarski, 1977, p. 41). Por consiguiente, debemos desarrollar un determinado metalenguaje, mostrar sus relaciones lógicas y plantear su pertinencia metodológica.

Según Lariguet, la conmensurabilidad presenta “un conjunto de características atribuibles tanto al caso, como al conjunto modelo que especifica” (2009, p. 157). Dichas características son:

1. Al ser conmensurables los elementos propios de los casos, entonces los casos también son conmensurables. Esto implica una relación de identidad en donde, si se pueden “identificar elementos comunes en el razonamiento de conjuntos proposicionales, el evento en que se puedan presentar también es conmensurable” (León, 2012, p. 303).
2. Además, “la conmensurabilidad hace posible que en caso de una laguna normativa, sin embargo, pueda determinarse otro sistema aplicable” (León, 2012, p. 303); es decir, que plantea la “existencia de una única solución posible a la situación fáctica al interior del sistema” (Schreiber, 2005, p. 21).

La conmensurabilidad solo constituye la identificación de los puntos en común al interior de los razonamientos sistemáticos, pero cómo podríamos presentar lógicamente los resultados de ese análisis si no es por medio del concepto de reducción semántica.

## La reducción como herramienta semántica

La reducción semántica es una “herramienta racional de progreso científico en el sentido que las teorías reducidas son absorbidas por teorías que explican mejor ciertos fenómenos” (León, 2012, p. 304). Esta relación se determina a partir de la posibilidad de que una formulación  $T_1$  pueda ser explicada, ya sea total o parcialmente, por una  $T_2$ . Así las cosas, la formulación  $T_1$  es una hipótesis que surge a partir de  $T_2$ , como forma o especificidad del método deductivo, dado que “lo que procura en últimas todo proceso lógico es la consistencia de todas las proposiciones derivadas de un cálculo deductivo” (Hintikka, 1962, p. 10). Existen, por tanto, dos tipos de reducciones:

- *Reducción total*. Se presenta en el momento en que la formulación  $T_1$  constituye una sola hipótesis que surge del razonamiento  $T_2$ ; ya que  $T_1$  es totalmente explicada por  $T_2$ . Alarcón explica que “la realidad se representa en las proposiciones gracias a lo que tienen en común realidad y proposición: la forma lógica” (2006, p. 137).
- *Reducción parcial*. Se presenta en el momento en que unas hipótesis  $T_1$  se adecuan a la hipótesis  $T_2$ , de manera que  $T_2$  es parcialmente explicada por  $T_1$  (Lariguet, 2009, p. 66).

Sin embargo, no es solo la identificación de las variables por reducir, sino que también deben satisfacerse unas condiciones iniciales para soportar el proceso de reducción:

1. Se hace necesario que todos los conceptos de una teoría  $T_1$  puedan ser definidos a partir de una teoría  $T_2$ , con el fin de constituir la reducción total.
2. Además, la hipótesis de  $T_1$  se puede deducir de la práctica de la hipótesis  $T_2$ , al modo del método científico.

Cumplidas las condiciones, y teniendo en cuenta los tipos de reducción, el cálculo de las mismas se puede llevar a cabo atendiendo a tres niveles: ontológico, semántico y metodológico.

El nivel ontológico se caracteriza por “la posibilidad de mostrar qué entidades de cierto dominio puedan ser entendidas en términos de entidades de otro dominio” (León, 2012, p. 303), en palabras de Alchourrón “pretende mostrar que un sistema formal complementa un análisis interpretacional a la luz de los conceptos jurídicos básicos” (Alchourrón, 1991, p. 51).

El nivel semántico, por otro lado, “se caracteriza por la posibilidad de mostrar que los términos de un dominio puedan ser definidos en los términos de otro dominio; y traducidos a él” (León, 2012, p. 304). En la traducción se puede afirmar que el principio que se hace explícito “está siempre presente en el marco del análisis lógico” (Gamut, 2011, p. 79). La traducción no es más que la conceptualización de un fenómeno o un elemento de un conjunto operacional, en otro para el que le es pertinente.

Por último, el nivel metodológico se caracteriza por la posibilidad de que los métodos de estudio de una teoría sean deducidos o traducidos a partir de otra (Lariguet, 2009, p. 67), lo que genera una relación de interpenetración de métodos que, en el marco de la ciencia, continuamente definen y producen nuevos métodos de análisis más especializados.

Es claro que el estudio de sistemas normativos presenta un cierto número de defectos que pueden traer la traducción o reducción de elementos, métodos u objetos entre ciencias; los defectos más conocidos se describen a continuación:

1. Los conflictos lógicos, que “son conflictos presentados en caso de haber lagunas normativas o contradicciones lógicas entre las normas constitutivas de un sistema jurídico determinado” (León, 2012, p. 304).
2. Los conflictos axiológicos, los cuales se dan en caso de lagunas axiológicas o conflictos entre “razones o principios de distinto peso al interior de un sistema jurídico determinado” (León, 2012, p. 304), o cuando “se presentan axiomas que exponen razones pobremente intuitivas” (Alchourrón, 1997, p. 37).
3. Los conflictos semánticos son aquellos que “se dan en caso de problemas de penumbra surgidos en virtud de la aplicación de normas jurídicas en situaciones particulares” (León, 2012, p. 304). Como diría Quine “surgen del desfase semántico que se presenta a la hora de calificar proposiciones” (1984, p. 36).

La reducción semántica no solo implica una forma conceptual de adecuación de conceptos jurídicos, sino que, además, trae consigo los conceptos alternos a ellos; es decir, no solo determina sistemas, sino también sus sistemas alternos.

De esta manera, a conmensurabilidad también presenta relaciones de implicación entre los conceptos susceptibles de conmensurabilidad; dado que, al no

mostrarse de esta forma, los sistemas versarían sobre las mismas circunstancias fácticas, en donde:

- Se presentan lagunas. El sistema “contará con una meta-norma que establecerá cómo proceder de acuerdo con los recursos propios del sistema” (León, 2012, p. 305).
- Todo sistema debe traer consigo las alternativas de integración de sistemas defectuosos, que sean susceptibles de obtener solución a partir de relaciones de conmensurabilidad.

### Lenguajes formales ¿para qué?

Usar lenguajes formales en el estudio de una determinada ciencia es muy útil, dado “que nos permite evitar la imprecisión, la ambigüedad y la vaguedad que se presentan comúnmente en los lenguajes comunes” (León, 2012, p. 305); es decir, en los lenguajes naturales. No obstante, presenta un problema práctico, y es que los lenguajes formales carecen en gran medida de toda expresividad, requieren procesos engorrosos de demostración, y son comúnmente sinónimo de complejidad. Por lo cual, todo sistema debe contener, al menos, tres datos:

1. La nominación del conjunto modelo básico, a través de letras del alfabeto. Por ejemplo:  $()$ ,  $\rightarrow$ ,  $\neg$ ,  $A$ ,  $A_1$
2. Una especificación detallada de las reglas “necesarias para formar sucesiones finitas de símbolos que han de ser gramaticalmente correctos” (León, 2012, p. 305). Ejemplo:

$$(A_1 \rightarrow (\neg A_2))$$

Esta sucesión de reglas es conocida comúnmente con el nombre de “fórmula” (Enderton, 2004, p. 29).

3. Indicar las traducciones permisibles entre el castellano y el lenguaje formal, es decir, entre el lenguaje natural y el lenguaje formal. En este punto se le otorga a las fórmulas un cierto significado material, ya que “este proceso modela el lenguaje desarrollado, pero también es posible la mala manipulación del mismo” (León, 2012, p. 306).

Así, en medio de lo que se ha expuesto, la base axiomática del sistema se constituye a partir de formulaciones lingüísticas que expresan, axiomáticamente, las bases primigenias de ese sistema, dado que lo que se procura con esta labor es,

“simplemente, obtener una respuesta jurídica a una determinada situación fáctica que afecte el mundo del derecho” (León, 2012, p. 305).

Siguiendo a Alchourrón, se plantea un metalenguaje de corte axiomático-sintáctico, con el fin de abordar los problemas tanto de la verdad-falsedad de las proposiciones normativas, como su relación en proposiciones deónticas, en cuanto a su operatividad en el sistema del derecho, enmarcado en una lógica de mundos posibles. Propone este metalenguaje con el fin de hacer una suerte de demostraciones, a saber:

- La diferencia entre las lógicas de las proposiciones normativas y las normas.
- La enunciación de la lógica de las proposiciones generales en von Wright, pero no de normas generales.
- Las normas condicionales son producto de una relación de implicación estricta.
- La combinación de lógicas binarias (mundos posibles-lógica de las implicaciones) permite la dinamización de las premisas normativas en sistemas jurídicos determinados.

Estas lógicas no monótonas son “el cuerpo general de la dinamización del sistema axiomático-jurídico” (Alchourrón, 2011, p. 78). Este es un lenguaje simplificado  $L$ , construido de la siguiente forma:

1. Vocabulario. Es decir, constantes, variables y conectores empleados, los cuales son:
  - a. Enunciados atómicos: los cuales se construyen a partir de un conjunto  $n$  de enunciados de acción simbolizados con la letra  $a$ , y que van en orden de acuerdo con su relevancia; es decir, tienen una forma:

$$a_1 \dots a_n$$

- b. Enunciados de circunstancias: constituyen un conjunto  $m$  de circunstancias fácticas elementales que, además, “expresan diversos órdenes parciales, cuya validez proviene de normas de corte superior” (García, 2010, p. 60), bajo las cuales se pueden presentar varias situaciones de hecho; están simbolizadas por la letra  $p$  y van en orden de acuerdo con su relevancia; es decir, tienen una forma:

$$p_1 \dots p_m$$

- c. Los clásicos conectores lógicos que permiten las relaciones proposicionales, los cuales son, entre otros (Tabla 1):

Tabla 1. Conectores lógicos clásicos

Negación	$\neg$
Conjunción	$\wedge$
Disyunción	$\vee$
Condicional material	$\supset$
Bicondicional material	$\equiv$
Condicional estricto	$\Rightarrow$
Obligación deóntica	O
Permisión deóntica	P

Fuente: elaboración propia.

2. Reglas de formación para enunciados al interior del sistema *L*.

- a. Enunciados de acción: son todas aquellas proposiciones atómicas, es decir, que por sí solas expresan una acción determinada. Alchourrón expresa que, “aunque pueden haber proposiciones moleculares que contengan enunciados de acción, siguen siendo proposiciones A” (2011, p. 79).

Estas pueden ser de dos clases:

- Enunciados atómicos de acción A, como:

$p$

Juan hurta un supermercado.

- Enunciados de acción A unidos con conectores como negación, conjunción, disyunción, condicional material o condicional estricto:

$a \supset b$

Si Juan hurta un supermercado, entonces ira a la cárcel.

- b. Enunciados de circunstancias: son aquellos que expresan el contexto general de aplicación de un enunciado de acción. Estos pueden ser:
- Enunciados  $C_1$ : son todos aquellos enunciados de acción precedidos por: o una obligación, o una permisón, o en relación con otros por medio de un conector como negación, conjunción, disyunción, condicional o bicondicional material, tal como sigue:



$$O(p \Rightarrow q)$$

Si debo pagar impuestos, es porque el Estado me obliga a ello.

- Enunciados C: son todos aquellos enunciados  $C_1$  precedidos por: o una obligación, o una permisión, o en relación con otros por medio de un conector como negación, conjunción, disyunción, condicional o bicondicional material, tal como sigue:

$$OP(p \Rightarrow q)$$

Es obligatorio que, si puede suscribir un contrato, entonces es mayor de edad.

- En von Wright (1983), estas se llaman formulaciones normativas de segundo orden, y consisten en la expresión de la satisfacción de contenidos normativos surgidos de la relación entre operadores deónticos y fórmulas bien constituidos. Estas formulaciones de segundo orden

son construcciones de proposiciones moleculares para expresar formulaciones normativas determinadas, en las cuales, el operador deóntico de la izquierda gobierna la relación subsecuente, en la cual, un estado de cosas puede ser obligatorio, permitido o prohibido, en cualquier momento o circunstancia determinada (von Wright, 1983, p. 133).

3. Alchourrón presenta una suerte de axiomas mediante los cuales relaciona la construcción de los sistemas lógico-lingüísticos antes expresados, estos son:

$$\vdash O(A \wedge B) \equiv (OA \wedge OB)$$

Este primer axioma se define de la siguiente forma:

es obligatorio el caso que A y B si y solo si es obligatorio el caso que A y es obligatorio el caso que B. Ejemplo:

Es obligatorio registrar y entregar el inmueble en caso de compraventa si y solo si es obligatorio registrar el inmueble y es obligatorio entregar el inmueble.

$$\vdash OA \supset B \text{ } P^+A$$

Este segundo axioma se define de la siguiente forma:

si es obligatorio el caso de A entonces está permitido el caso de A prima. A prima se define como la circunstancia fáctica subyacente a la realidad jurídica de la proposición normativa objeto de estudio lógico. Ejemplo:

Si es obligatorio pagar impuestos entonces es posible realizar el pago del impuesto de rodamiento por mi vehículo.

$$\vdash P^+(A \wedge B) \supset P^+A$$

Este tercer axioma se define la siguiente forma:

es posible que si A y B prima, entonces es posible A prima.

Esta explícito un principio de identidad respecto a las proposiciones compositivas de un razonamiento jurídico. Ejemplo:

Si es posible una compraventa entre marido mujer, entonces es posible la realización de negocios jurídicos entre cónyuges.

A raíz de estos axiomas surgen una suerte de teoremas proposicionales que se entrarán a analizar a continuación:

$$\vdash ((P \Rightarrow R) \wedge (P \Rightarrow R)) \equiv (P \Rightarrow (Q \wedge R))$$

Este teorema se define de la siguiente forma:

si se cumplen dos condiciones subyacentes previas a la bicondicional, entonces el consecuente será una conjunción entre las dos proposiciones moleculares antecedentes. Ejemplo:

Si las partes están de acuerdo, entonces hay negocio jurídico, y si el negocio se perfecciona con la entrega, entonces el negocio requiere acuerdo de voluntades y entrega de la cosa.

$$\vdash ((P \Rightarrow R) \wedge (Q \Rightarrow R)) \equiv ((P \vee Q) \Rightarrow R)$$

Este teorema se define de la siguiente forma:

las consecuentes de las proposiciones moleculares que componen el antecedente posibilitan la existencia de las proposiciones que componen el sujeto del consecuente. Ejemplo:

Si ser infiel es causal de divorcio y abandonar el hogar también es causal de divorcio, entonces ser infiel y abandonar el hogar familiar son causales válidas de divorcio.

$$\vdash (P \Rightarrow Q) \supset P \supset R$$

Este teorema se define de la siguiente forma:  
el antecedente de la primera proposición posibilita la existencia  
del consecuente de la segunda proposición, por relación  
de necesidad alética. Ejemplo:

Si Juan compra un BMW debe registrarlo en la oficina  
de instrumentos públicos. Entonces, si Juan compra un Mercedes,  
también debe registrarlo en la oficina de instrumentos públicos.

$$\vdash (P \Rightarrow Q) \supset ((P \wedge R) \Rightarrow Q)$$

Este teorema se define de la siguiente forma:  
la relación del consecuente de la primera proposición permite  
la inferencia de juntas proposiciones para deducir un condicional  
estricto en la segunda proposición. Ejemplo:

Si Juana es trabajadora, entonces es objeto de protección de la ley laboral.  
Entonces si Juana trabaja y es madre cabeza de hogar, entonces es objeto de  
protección de la ley laboral.

### Reducciones entre lógicas modales

A lo largo de la historia de la lógica se han presentado esfuerzos por construir una lógica deóntica en concordancia con la lógica modal alética. De acuerdo con lo definido por Schmill (2001, p. 54), siguiendo en su estudio a D. Follesdal y R. Hilpinen, dicha reducción es posible si se atiende al estudio de los casos en que solo palabras lógicas y expresiones normativas concurren esencialmente, o en caso de la lógica modal deóntica o de la lógica modal alética.

Para efectos prácticos se introducirá una breve reseña del sistema de lógica deóntica denominado *Old system (OS)* de Georg Henrik von Wright, cuyo origen se basa en dos ideas, a saber:

1. La analogía entre los modos deónticos (obligación, permisión y prohibición), con las categorías kantianas (necesidad, posibilidad e imposibilidad).
2. Acoplar a los enunciados deónticos términos conectores y operaciones de la lógica de las proposiciones.

No obstante, en la creación de su sistema, von Wright tuvo en cuenta la analogía entre los modos 1 y 2 antes mencionados; es decir, los aléticos y los deónticos (citado por Kalinowski, 1976, p. 89). Por tanto, según él, la lógica de las proposiciones conoce de expresiones proposicionales compuestas por conjunciones, disyunciones, implicaciones, negaciones y dobles implicaciones, las cuales son análogas a la lógica de los nombres. Al ser acopladas en un modo deóntico mediante la negación de acciones generales, la implicación de acciones generales por otras acciones generales, por tanto, también se debe conocer de los nombres de dichas proposiciones. Kalinowski expresa que estas funciones propias de la lógica, ya sea modal, alética o deóntica constituyen “functores creadores de normas, dado que plantean argumentos predicativos de obligatoriedad, permisión y prohibición de conductas generales” (1976, p. 70).

Lo anterior se define de acuerdo con la siguiente forma (Tabla 2):

Tabla 2. Símbolos de funtores creadores de normas

A	Representa una acción general
$\sim A$	Acción realizada si y solo si no se realiza A
$A \rightarrow B$	Acción realizada si el agente no realiza ni A ni B, o realiza solo una de las dos acciones, o realiza ambas
$A \wedge B$	Acción realizada si el agente realiza A y B
$A \vee B$	Acción realizada si el agente solo realiza o A o B
$A \leftrightarrow B$	Acción realizada si y solo si el agente realiza o $A \rightarrow B$ ; o $B \rightarrow A$ .

Fuente: elaboración propia.

Como se puede observar, como símbolos de funtores creadores de normas generales de acción se utilizan signos propios de la lógica proposicional, en conjunción con expresiones propias de la lógica deóntica. Al respecto, von Wright plantea tres métodos de construcción de sistemas lógicos:

El de matrices, que consiste en satisfacer todas las tesis que se presenten en el sistema, es decir que toda fórmula debe reunir las condiciones determinadas por las matrices previamente estipuladas para pertenecer al sistema en construcción; el axiomático, que consiste en la demostración de teoremas a partir de inferencia lógica, y el método de la deducción natural, que consiste en formular únicamente un conjunto de reglas admisibles para el sistema lógico que se va a construir, que permita tanto la deducción, como la demostración (citado en Kalinowski, 1976, p. 72).

Ya sea para proposiciones atómicas como para proposiciones moleculares, junto a los símbolos y funtores antes mencionados, von Wright define sus funtores creadores de normas generales a partir de su *Old system (OS)*, así:

- P = Está Permitido
- F = Está Prohibido
- O = Es Obligatorio
- I = Es Indiferente

Los cuales deben unirse a una variable nominal general A o B, etcétera, cuya función es simbolizar un argumento predicativo, “estas construcciones desarrolladas por von Wright adoptan un principio de extensionalidad, según el cual los antecedentes constituyen acciones de un mismo agente y tienen un mismo valor para su desarrollo: hacerse o no hacerse” (Kalinowski, 1976, p. 73). Estos términos se introducen al OS de la siguiente forma:

- 1. DF.F                       $FA = \sim (PA)$

La cual quiere expresarnos la definición de la prohibición, que textualmente reza así: “Está prohibido el caso que A equivale a que no es posible el caso que no A”. Ejemplo:

Al estar prohibido conducir en estado de embriaguez, no es posible el caso de que Nicolás conduzca embriagado.

- 2. DF.O                       $OA = \sim (P \sim A)$

La cual es la definición de la obligación, y reza de la siguiente forma: “Es obligatorio el caso que A equivale a que no es posible el caso que no A”. Ejemplo:

En una compraventa de bien inmueble es obligatorio inscribir la escritura en la oficina de instrumentos públicos, esto equivale a que no es posible no registrar la escritura, y perfeccionar la compraventa.

- 3. DF.I                       $IA = PA \sim A$

Esta es la definición de la indiferencia, y reza de la siguiente forma: “Es indiferente el caso que A, equivale a que es posible el caso que A y es posible el caso que no A”. Ejemplo:

Es indiferente el fallo del caso de Pedro, puesto que Pedro pudo haber matado a María, y Pedro pudo no haber matado a María.

Este OS de von Wright está basado en el método de matrices según el cual “son tesis del sistema las fórmulas que reúnan las condiciones enunciadas en las matrices para el sistema objeto de estudio” (Kalinowski, 1976, p. 74); más,

cuando desarrolla el New System (también llamado sistema estándar), reformula su OS, y lo sustenta mejor en un método de deducción natural, según el cual se formulan únicamente las reglas de admisión de las tesis dentro del sistema. El sistema de von Wright, en conjunto, trata de dos aspectos:

El primero acerca de la analogía apriorísticamente supuesta entre la teoría de los predicados y la teoría de las acciones; en virtud de las cuales, la función del lógico es transponer lógicamente términos de la primera al objeto de la segunda, lo cual posibilita la creación y desarrollo de sistemas formales que permitan la axiomatización de conductas, ya sea jurídicas o morales. El segundo implica la creación de una lógica del lenguaje normativo general, que procura, a partir de su formalización, una especificidad necesaria para desarrollar lenguajes lógico normativos que permitan el análisis exhaustivo de normas (citado por Kalinowski, 1976, p. 75).

A manera de ejemplo, con el objeto de no extendernos en las formulaciones lógicas del OS, de esta reconstrucción se extraen como axiomas del mismo las siguientes:

A1             $\sim (OA \ O \ \sim A)$

Este axioma nos expresa que “no es obligatorio el caso que A y no es obligatorio el caso que no A”, lo que nos quiere decir que, al no obligarse la realización de una conducta determinada, no se obliga expresamente su no realización; dicho de otro modo, al no obligar su conducta, tampoco obliga su no comisión. Su función semántica “al menos en Kripke, implica un modelo de definición de función deóntica del cálculo proposicional” (Navarro y Rodríguez, 2014, p. 29). Ejemplo:

Durante un proceso judicial no es obligatorio hacer llamamiento en garantía, y tampoco es obligatorio no hacerlo.

A2             $O (A \ B) \leftrightarrow (OA \ OB)$

Este axioma nos expresa que “Es obligatorio el caso que A y B si y solo si es obligatorio el caso que A y es obligatorio el caso que B”. Lo cual significa que, para von Wright, en este axioma subsiste un principio de identidad entre la obligación de las variables A y B, sujeta a que debe existir dicha obligación en cada caso particular, sea A o sea B, pero en ambos a la vez en virtud del conector (y), con el fin de justificarla en el conjunto creado entre A y B. Ejemplo:

En la contratación estatal es obligatorio publicar el pliego de condiciones junto con el acto de apertura de la convocatoria si y solo si es obligatorio publicar

el pliego de condiciones, y es igualmente obligatorio publicar el acto de apertura de la convocatoria

A modo de conclusión del sistema OS de von Wright, se afirma que utilizando las debidas sustituciones deónicas, que son tesis del sistema, a un conjunto determinado de axiomas, dentro de un cálculo proposicional deónico que se debe guiar por las reglas de la separación, se arrojan las tesis básicas de todo sistema. Aunque en su primer sistema von Wright trató siempre de hacer una lógica monádica, dado que los funtores creadores de proposiciones normativas solo contenían un valor nominal: A, B, ... Defecto que corrigió en su subsiguiente sistema, el *New system*, en el cual,

Estos valores pasaron a ser valores proposicionales, del corte  $p, q, \dots$ , pasando a ser una lógica diádica, en la cual, los funtores creadores de formulaciones normativas deónicas pueden tener o un argumento nominal o un argumento proposicional, y determinan una relación entre dos entidades por medio de un conector, gobernadas ambas por un operador de la lógica deónica. Así, si se dice A es condición de B, es diferente a afirmar que p está obligado a hacer q (Kalinowski, 1976, p. 85).

Agotada la breve explicación del sistema OS de von Wright, se procede a resolver las cuestiones acerca de las posturas no reduccionistas. En este caso se presentan dos posibilidades, a saber:

Una vez enunciado el OS de von Wright se debe procurar construir la lógica deónica introduciendo los operadores deónicos O (obligatoriedad) y P (permisión) a la lógica proposicional contenida en la lógica modal alética desarrollada por Lukasiewicz. En este sistema, una variable es considerada una sola letra que contiene un determinado rango de valores que, en el cálculo determinado, significa el valor de ocurrencia de este en un momento específico que, en conjunción con otras variables,

constituyen el valor de todas las expresiones proposicionales del sistema. En donde los valores de verdad o falsedad de tales proposiciones expresan un grado de sustitución de expresiones  $Cpq$  en casos posibles del corte  $CpCNpq$ ; donde lo que quiere decir es, que de una condición, se puede inferir, por regla de traducción, una proposición molecular que implica tanto la negación, como la relación de cada uno de los funtores proposicionales (Lukasiewicz, 1977, p. 133).

Entonces, al introducir los operadores deónicos se entra a hablar de un mundo contrafáctico, que hace referencia a algo que puede llegar a suceder en un

momento determinado, a modo de un mundo paralelo; mejor, en un conjunto modelo paralelo al conjunto modelo analizado.

Estos operadores constituyen un deber ser que puede o no suceder en el mundo real, y no se puede contener dentro del conjunto modelo  $\mu$ , por lo que este “axiomatiza del mundo real, so pena de violar el principio lógico de identidad, por cuanto las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo” (León, 2017, p. 138).

Para evitar esto se introduce el conjunto modelo  $\mu^*$ , como alternativa deóntica del conjunto modelo  $\mu$  en este mundo contrafáctico, aunque Hintikka, citado por Schmill, afirma que el mundo normativo, expresado como  $\mu$ , como su alternativa, es decir  $\mu^*$ , “contiene los mismos elementos necesarios para ser considerados conjuntos modelos deónticos, su inclusión a lógicas de conjuntos implica la correlación de ambos en modalidades típicas de la lógica modal alética; es decir, expresa una primera idea de reducción” (Schmill, 2001, p. 56); entonces:

1. Tomando el operador deóntico P (puede ser el caso que...) sobre el que se formulan las condiciones de existencia de ese conjunto modelo  $\mu^*$ , así:

$$Pp \in \mu \quad (C.P)$$

Puede ser el caso que  $p$  pertenece al conjunto modelo  $\mu$ . Pero, para que el poder ser (o sea,  $Pp$ ) pertenezca directamente al conjunto modelo  $\mu$  se requiere la existencia de un conjunto alternativo deóntico, con la condición de que al menos una de las cualidades de  $p$  debe pertenecer al conjunto modelo contrafáctico  $\mu^*$ , lo que sugiere la siguiente relación:

$$p \in \mu^*$$

Ejemplo:

Si pueden en un momento dado emplearse los modos de exigir las obligaciones originadas en un contrato, entonces puede emplearse el pago para terminar un contrato de compraventa.

En el ejemplo dicha condición se traduce en que una de las cualidades del operador deóntico, es decir el pago (P), debe pertenecer al conjunto modelo contrafáctico  $\mu^*$  representado en el contrato de compraventa.

2. Tomando el operador deóntico O (debe ser el caso que...) sobre el que se formulan las condiciones de existencia de ese conjunto modelo  $\mu^*$ , así:

$$Op \in \mu \quad (C.O)$$



Es obligatorio que el caso en el que  $p$  pertenece al conjunto modelo  $\mu$ ; y  $\mu^*$ , al ser una alternativa en el mundo contrafáctico del conjunto modelo  $\mu$ , entonces necesariamente supone que  $p$  debe pertenecer de manera obligatoria al conjunto modelo  $\mu$ .

Por ejemplo, la afirmación “debe respetarse la libertad individual para todos los ciudadanos” hace referencia al derecho a la libertad consagrado en la Constitución nacional; entonces, la libertad individual hace parte de los llamados derechos fundamentales. La condición se ve reflejada en que toda  $p$  debe, obligatoriamente, estar contenida: tanto en el conjunto modelo  $\mu$ , como en el conjunto modelo contrafáctico  $\mu^*$ .

A su vez, el caso del operador deóntico O (obligatoriedad) genera dos condiciones:

1.  $Op \in \mu^* \text{ K H Deo } \mu^* \mu \text{ C } p \in \mu^* \text{ (C.O. Rest.)}$

Esta fórmula expresa que “debe ser el caso que  $p$  pertenece al conjunto modelo  $\mu^*$ , y si  $\mu^*$  es una alternativa Deóntica del conjunto modelo  $\mu$ ; entonces  $p$  pertenece al conjunto modelo  $\mu^*$ ”. Lo cual implica que “el contenido del conjunto modelo  $\mu^*$  deriva directamente del conjunto modelo  $\mu$  y, como uno de sus componentes,  $p$  debe ser contenida dentro de él” (León, 2017, p 139).

Ejemplo:

Todo homicidio debe pertenecer al conjunto modelo delito; y si delito es un conjunto modelo (alternativo deónticamente) al sistema maestro derecho penal, entonces homicidio pertenece al delito.

2.  $Op \in \mu \text{ K H Deo } \mu^* \mu \text{ C } Op \in \mu^* \text{ (C.O.O*)}$

Esta fórmula expresa que “es obligatorio que  $p$  pertenece al conjunto modelo  $\mu$ ; y si  $\mu^*$  es alternativa deóntica del conjunto modelo  $\mu$ , entonces, es obligatorio que  $p$  pertenece al conjunto modelo  $\mu^*$ ”. Quiere esto decir que si el operador deóntico O (obligatoriedad) pertenece al conjunto modelo  $\mu$ , y este es una alternativa del contrafáctico  $\mu^*$ , necesariamente es obligatorio que  $Op$  pertenezca a  $\mu^*$ .

Ejemplo:

La obligación de respetar los derechos fundamentales está regulada en el derecho, y si el derecho constitucional es alternativo (deónticamente)

al derecho en general, entonces respetar los derechos fundamentales está regulado y pertenece obligatoriamente al derecho constitucional.

Hay otra posibilidad de reducción de lógicas modales, que se presenta en el caso de jugar con la estructuración de modos o conjuntos posibles.

### Lenguaje y mundos posibles: entre la realidad y la expectativa

Para Alchourrón, la realidad implica una estructura de modelo, y lo plantea como un conjunto a partir del cual puede realizar modelación de las acciones obligatorias, posibles o prohibidas en espacios temporales determinados, “que pueden constituir realidades jurídicas, o modelos de aplicación deóntica de acciones en variables de lógica de la acción” (2011, p. 81). Gráficamente se presenta de la siguiente forma:

$$R_a = (C, *, A, F_o^a, F_p^a)$$

En donde la realidad de situaciones  $a$  se compone de una suerte de subconjuntos modelo  $C$ , una realidad prima, o sea, contrafáctica, un conjunto modelo  $F$  que contiene una acción en una ocasión determinada, y un conjunto modelo  $F$  que contiene una acción posible en casos determinados.

Como se puede ver está compuesta por cinco elementos, los cuales se analizarán a continuación:

1. Un conjunto  $C$ , que corresponde a las circunstancias posibles, es decir, expresa las circunstancias fácticas que puedan ser objeto de estudio lógico.
2. Un elemento  $*$ , que simboliza el hecho actual, es decir, la acción, ocasión o circunstancia que permite el estudio lógico-semántico de la realidad; su forma podría expresarse así:

$$C (* \in C)$$

En donde una circunstancia fáctica es real si está enmarcada en esa circunstancia fáctica. Sería lo mismo que decir que el contrato existe si hay acuerdo de voluntades.

3. Un conjunto  $A$  de acciones posibles, que indica las alternativas fácticas de operación en casos determinados, es decir, las posibilidades que pueden

operar paralelo a la realidad estudiada, o también las consecuencias alternativas de tal acción.

4. Una función correlacionar, que indica un determinado conjunto de proposiciones de acción, es decir, de elementos constitutivos de A. Esta realidad estructurada es posible en la medida en que la acción sea satisfecha en el marco de la operatividad de sus relaciones lógicas. Su expresión es:

$$F_o^a$$

E implica una realidad determinada, en acciones, con ocasiones determinadas, enmarcadas en un conjunto A, que a su vez hace parte de un conjunto C de situaciones fácticas determinadas.

5. Una función correlacionar, que implica un conjunto de proposiciones de posibilidad, es decir, de elementos que puedan darse en A; esta realidad estructurada es posible en la medida en que la acción sea satisfecha en el marco de la operatividad de las relaciones lógicas que las posibilitan. Su expresión es:

$$F_p^a$$

E implica una realidad determinada, en acciones, con posibilidades determinadas, enmarcadas en un conjunto A, que a su vez hace parte de un conjunto C de situaciones fácticas posibles, en donde las relaciones de los funtores posibilitadores de formulaciones normativas de la realidad implican una relación de conjuntos y subconjuntos, en los cuales el conjunto general es C, bajo el cual “los demás se relacionan, se posibilitan, se interpenetran y se acoplan en procura de sustentar la realidad que se quiere demostrar lógicamente” (Alchourrón, 2011, p. 81).

Este lenguaje implica la construcción de formulaciones determinadas, tendientes a demostrar la existencia de sistemas y conjuntos de sistemas modelos, y realidades demostrativas, a lo cual nos aporta patrones de estudio y análisis de lenguajes operativos para analizar lógicamente las funciones deónticas de las normas jurídicas.

*Exigencias del modelo contrafáctico frente al modelo de realidades*

Para justificar el uso del metalenguaje que expresa realidades se requieren las siguientes condiciones de existencia, las cuales posibilitan la operatividad de los mismos en caso de cálculos lógico-semánticos. Estos son:

$$1. \quad c \in CyX, Y \in A$$

Esta primera exigencia consiste en la pertenencia de una circunstancia fáctica determinada en una u otra posibilidad de acción, ya sea en una circunstancia (X) o en otra (Y); pero siempre ambas, circunscritas a modelos de acción concretos. Como ejemplo podríamos plantear el siguiente: Juan y María suscriben un contrato de arrendamiento que cumple los requisitos de validez descritos por la legislación civil, dado que tanto el arrendamiento como la contratación son partes (subconjuntos) del (conjunto) derecho civil.

$$2. \quad (X \cap Y) \in F_o^a \text{ si y solo si } X \in F_o^a(c) \text{ e } Y \in F_o^a(c)$$

Esta segunda formulación expresa que la intersección entre una u otra determinada posibilidad (X o Y) pertenece a cierta función correlacionar, que implica una suerte de acciones en ocasiones determinadas, si y solo si una de aquellas posibilidades iniciales (X) pertenece a una función correlacionar determinada por circunstancias posibles, y la otra posibilidad (Y) pertenece a la misma función que la anterior. Esta se explica en el caso que si se arrienda un local comercial y se pacta el término del desahucio por dos meses, se aplica o el derecho civil o el comercial, lo cual solo es posible si y solo si dicho arriendo es de local comercial o de habitación.

$$3. \quad \text{Si } X \in F_o^a(c) \text{ entonces } X \in F_p^a(c)$$

Esta tercera formulación se explica de la siguiente forma: si una determinada posibilidad (X) pertenece a una función correlacionar presupuesta, que implica un conjunto de acciones posibles en ocasiones concretas, entonces esa misma posibilidad de acción (X) también puede darse en una función correlacionar de acciones y posibilidades fácticas determinadas. Se da, por ejemplo, en caso de la legítima defensa, que exige unas cualidades especiales, como lo es la equivalencia del daño y la forma de contrarrestarlo; entonces, hay lugar a legítima defensa en caso de repeler una acción lesiva realizada con los puños, a puño limpio.

$$4. \quad \text{Si } (X \cap Y) \in F_p^a(c) \text{ entonces } X \in F_p^a(c)$$

Esta última formulación expresa que la intersección entre una situación y otra pertenecen a un conjunto de acciones posibles determinadas, en ocasión de acciones fácticas dadas de antemano, lo cual se explica, por ejemplo, en el caso en el cual, si hay una situación determinada, que puede ser objeto de una u otra rama del derecho, se soluciona de acuerdo con la situación de hecho que posibilita esa situación en el momento mismo en que se cometió tal acción.

## Conclusiones

La interacción comunicativa de los modelos de realidad nos muestra cuál es la manera en la que se estructuran las formas básicas de estudio lógico del derecho; más allá de los clásicos operadores (ya sean modales aléticos o deónticos), lo importante es la determinación de lenguajes operativos que especifiquen los métodos de estudio lógico del derecho.

Desde el modelo de la conmensurabilidad se comenzó a trazar la línea de la estructuración de lenguajes lógicamente ideales, como lenguajes producto de la intersección de modelos operativos comunes en varios conjuntos de normas; operación que no solo va a la identificación, existencia o determinación de validez de las mismas, sino que permite el surgimiento de operaciones que especifican los lenguajes, expresos en reglas de traducción, como asimilación de operaciones externas a los sistemas, al tenor de lo expuesto internamente por ellos, o asimilación real de operaciones externas con variables de interacción comunicativa real entre los modelos científicos.

La validez del razonamiento lógico sobre normas consiste en que no se puede analizar unívocamente. Sino que requiere el surgimiento de análisis diádicos, o incluso triádicos, que permiten a su vez el surgimiento de reglas de reducción en los modelos lógicos que, de antaño, se encargaban de analizar el derecho. Así pues, es imposible seguir comprendiendo modélicamente el estudio normativo desde lógicas modales separadas de manera dogmática, sino que se hace necesario reducirlas mutuamente, y compaginarlas en análisis lógicos más acordes con la realidad jurídica.

Es precisamente en el modelo de realidad donde se compaginan las reducciones, porque estos modelos planteados por Alchourrón tienen la peculiaridad de que extienden los razonamientos lógicos al nivel de ser fundantes de nuevas formas de estudio semiótico, sistémico y lógico del derecho.

## Referencias

- Alarcón, C. (2006). *Validez, lógica y derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alchourrón, C. (1991). Fundamento intuitivo del discurso normativo y su formalización. En C. Alchourrón y E. Bulygin (eds.), *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alchourrón, C. (1997). Concepciones de la lógica. En C. Alchourrón, J. Méndez y R. Orayen (eds.), *Lógica*. Madrid: Trotta.
- Alchourrón, C. (2011). *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Madrid: Marcial Pons.
- Enderton, H. (2004). *Una introducción matemática a la lógica*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gamut, L. (2011). *Lógica, lenguaje y significado*. Buenos Aires: Eudeba.
- García Maynez, E. (2010). *Introducción a la lógica jurídica*. México D.F.: Fontamara.
- Hintikka, J. (1962). *Knowledge and Belief: An Introduction to the Logic and the Two Notions*. Ithaca: Cornell University Press.
- Hintikka, J. (1998). *El viaje filosófico más largo*. Barcelona: Gedisa.
- Kalinowski, G. (1976). *Lógica del discurso normativo*. Madrid: Tecnos.
- Lariguet, G. (2009). *Dogmática jurídica y aplicación de normas*. México D.F.: Fontamara.
- León, J. (2012) El lenguaje lógico-jurídico y su implicación en el estudio sistémico del derecho. En R. Duarte (ed.), *Disertaciones de la filosofía del derecho y la argumentación*. Bogotá: Editorial Universidad Libre.
- León, J. (2017). *Operatividad lógica de los sistemas maestros*. En O. Agudelo (ed.), *Lógica aplicada al razonamiento del derecho*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Lukasiewicz, J. (1977). *La silogística de Aristóteles*. Madrid: Tecnos.
- Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*. New York: Cambridge University Press.
- Quine, W. V. (1984). *Filosofía de la lógica*. Madrid: Alianza.
- Schmill, U. (2001). *Lógica del derecho*. México D.F.: Fontamara.
- Schreiber, R. (2005). *Lógica del derecho*. México D.F.: Fontamara.
- Tarski, A. (1977). *Introducción a la lógica y a la metodología de las ciencias deductivas*. Madrid: Espasa-Calpe.
- von Wright, G. H. (1983). *Practical Reason*. Ithaca: Cornell University Press.

## METODOLOGÍA Y MÉTODO DE LA CIENCIA LEGISLATIVA

Manuel Asdrúbal Prieto Salas\*

### La disminución del poder legislativo

El fenómeno transformativo de la constitucionalización del derecho ha producido cambios significativos en el positivismo jurídico tradicional, evolución que ha sido determinante en la pérdida de relevancia de la función legislativa en los Estados modernos, y que ha elevado la importancia del órgano judicial en el concepto y la operatividad del derecho. Estos cambios sustanciales pueden observarse desde el análisis de los paradigmas del positivismo, que en sus etapas primitivas consideraba que el derecho no era más que la manifestación de la voluntad de la autoridad política dirigida a un subordinado para que este hiciera algo, anexando la amenaza de causarle daño en caso de que no satisficiera la obligación impuesta por su superior político (Austin, 2002). En este punto subyace la importancia suprema del órgano legislativo, toda vez que será considerado derecho el mandato que él emita, y deja en un segundo plano la función desarrollada por el operador judicial. Análogamente, el joven Savigny (Zuleta, 1976) consideraba que el derecho es el producto de la función legislativa del Estado, donde era necesario determinar el origen de su positividad por medio de elementos verificables

.....  
\* Abogado; magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Docente de Lógica Jurídica y Teoría del Derecho, Universidad Católica de Colombia, adscrito al grupo de estudios teórico-jurídicos *Phronesis*.

empíricamente, suministrados por la historia. A su vez, dichos elementos ayudan a superar las tesis apriorísticas defendidas por el iusnaturalismo. Es plausible afirmar que para el paleo-positivismo y la escuela histórica alemana de Austin y Savigny respectivamente, no era posible lograr una distinción conceptual entre el jurista y legista (Zuleta, 1976).

Gradualmente, el rol del operador judicial va incrementándose por ser el eslabón fundamental entre el mundo ficticio del derecho y la realidad social, como se puede inferir del sistema estático del derecho, donde el razonamiento del operador valida el contenido normativo de la conclusión en la aplicabilidad de una norma al caso concreto (Kelsen, 1986). La pérdida de relevancia de la función legislativa se acentúa más en el positivismo jurídico de la posguerra, que se caracteriza por relacionar conceptualmente el derecho y la moral. En esta corriente de pensamiento es necesario diferenciar dos tipos de reglas, las primarias y las secundarias. Las primarias imponen obligaciones, o prohibiciones a los sujetos normativos. En cambio, las secundarias cumplen funciones indispensables en el sistema, entre las cuales se encuentran: la adjudicación de poderes a los órganos primarios, secundarios y terciarios (regla secundaria de adjudicación); la actualización de la legislación en el tiempo, permitiendo el cambio de normas obsoletas por nuevas normas (regla secundaria de cambio); y c) validar una norma para un caso determinado (regla de reconocimiento) (Hart, 1968).

Cabe anotar que en el modelo positivista hartiano el fundamento de validez normativo, y, por tanto, el elemento principal del mismo, es la regla de reconocimiento, que es operada por el funcionario judicial. Lo descrito lleva a que la división orgánica que se propone en el concepto del derecho sea confusa, ya que el órgano primario es el legislador y no el juez (Rodríguez, 2012). Evidentemente, en este punto la función legislativa pierde su relevancia, y da paso a la decisión judicial como elemento principal en la teoría del derecho. Aunado a ello, el poder suprallegal conferido a las constituciones políticas nacionales produjo una nueva jerarquización que dejó supeditada la legalidad al ámbito constitucional. Es decir, la constitución se consolida en la norma de normas que no puede ser contraria, en tal evento, la contradictora debe ser derogada por inconstitucional, lo que conlleva que las cartas políticas hoy en día sean un criterio de validez relevante del sistema jurídico. De ese modo, se observa que los Estados constitucionalizados manejan dos tipos de sistemas, uno constitucional y otro legal, solo que el



primero, al contener valores políticos positivos de rango constitucional, irradia validez al ordenamiento legal (Alexy, 1994).

### *El papel del tribunal constitucional en la pérdida de poder legislativo*

En este nuevo paradigma constitucional emergen nuevas problemáticas para la visión metodológica y científica de la teoría de la legislación, entre las más destacadas se encuentra la creación de un tribunal especial que tendrá como única función proteger los valores consagrados en la constitución. Los primeros aportes teóricos sobre el funcionamiento de esta entidad pueden rastrearse en los trabajos de Hans Kelsen y Carl Schmitt, los cuales sostuvieron debates filosóficos en torno a su composición y funcionamiento. Sobre la confrontación, cabe resaltar que se contextualiza en la república de Weimar (1929-1933) (Schmitt y Kelsen, 2009), época de transición conflictiva para los Estados europeos, sobre todo para los imperios prusiano y austrohúngaro, que fueron disueltos y desmembrados después de la derrota sufrida en la Primera Guerra Mundial. Las consecuencias de la pérdida no solo afectaron el componente territorial, también hubo cambios significativos en sus formas de gobierno tradicional, que fueron reemplazadas abruptamente, pasando de una monarquía militar a una democracia participativa (García, 1998). Precisamente, esta nueva realidad jurídico-política es el caldo de cultivo perfecto para que estos juristas construyan su percepción sobre las constituciones políticas, y sobre quién debería ser su defensor. Aunque ambos defendían posturas disímiles, acuerdan en todo caso que el Estado debe poseer una carta política con su propio defensor, que tendrá la función de evitar la transgresión de su contenido axiológico. La forma de institucionalizar cada uno de estos elementos fue el detonante de sus grandes discusiones teóricas (Schmitt y Kelsen, 2009).

Por parte de Kelsen, el guardián de la constitución debe ser una institución *ad hoc*, que tiene la única finalidad la protección constitucional. Para Schmitt, esta función debe recaer en el jefe de Estado (Schmitt y Kelsen, 2009). Los argumentos a favor y en contra pueden analizarse desde los fundamentos filosóficos que manejaba cada jurista, ya que uno era neokantiano y el otro hegeliano. Algunos autores sostienen que la teoría trascendental neokantiana fue el marco para el desarrollo de una teoría democrática participativa kelseniana, e incluso

ayudó a fundamentar los grandes problemas medulares de su famosa teoría pura del derecho (Paulson, 2003). Para Schmitt, la filosofía de hegeliana fundamenta los alcances jurídicos del concepto de territorio. Según él, la identificación del territorio permite el establecimiento de un sistema jurídico propio, que ayuda a las personas que viven en su interior a disfrutar de los beneficios de su trabajo. En ese orden, la diferenciación territorial no solo puede verse desde el ámbito jurídico, también admite una perspectiva política que determina la distinción entre “nosotros y ellos”, posición que radicalizará Schmitt al afirmar que lo externo del territorio es el enemigo, en alusión al concepto de enemigo ético de Hegel (Serrano, 2007).

Evidentemente, las teorías de Kelsen y de Schmitt sobre el guardián de la constitución no podrían ser aplicadas en su totalidad a la realidad jurídica contemporánea. En el caso de Schmitt, al sostener que el jefe de Estado es el defensor supremo de la constitución, que a su vez debe estar separado de la influencia de los partidos políticos, omite la realidad de posibles interpretaciones arbitrarias de la constitución destinadas a la satisfacción de intereses egoístas, producto de lo que él considere salvaguardar la carta política (Schmitt y Kelsen, 2009). Por otra parte, la postura de Kelsen también incurre en un yerro al considerar que el contenido de la constitución política es mutable de acuerdo con lo que consideren las fuerzas políticas, ya que no se diferenciaría si el tribunal es un protector de la constitución, o simplemente un servidor de la decisión constitucional adoptada por las fuerzas políticas, postura que le daría un poder supraconstitucional al aparato legislativo por ser la máxima representación del poder político del pueblo (Schmitt y Kelsen, 2009). Pero, a pesar de sus defectos —que fueron probados por el devenir de la historia—, es de rescatar que la única manera de garantizar la protección de los valores constitucionales es a través de mecanismos jurídicos previamente normados, además del llamado poder de cierre del tribunal constitucional, que refuerza la postura de esta entidad como la *ultima ratio* en la decisión judicial sobre aspectos constitucionales (Schmitt y Kelsen, 2009).

La evolución del concepto de tribunal constitucional en su función defensora de la constitución ha reforzado su poder dentro de la estructura jurídica; sin embargo, la función protectora no es de su exclusividad, toda vez que la protección de los valores y principios supremos también recae en todo el aparato jurisdiccional, solo que en este último evento podrá inaplicar la norma transgresora de la

constitución, mas no podrá derogarla expresamente de la manera que lo hace la corte constitucional (López, 2005). Pero el poder más interesante de este tipo de tribunales es la posibilidad de crear condiciones jurídicas que puedan aplicarse a todos los sujetos de un territorio, y no solo a las personas que son parte integral del proceso. Es decir, tener la capacidad de crear normas de la misma manera que lo hace el órgano legislativo, no solo en el aspecto negativo propio de la derogación por inconstitucionalidad, sino también en el aspecto positivo (Couso, 2004). El activismo judicial en el campo de derogación negativo se popularizó en la década de 1990 durante de la democratización de Estados-naciones que venían de dictaduras, los cuales a través de la ficción de la democracia terminaban eligiendo a sujetos que, una vez en el poder, transgredían los derechos de las minorías y los contradictores políticos (Couso, 2004). Esta problemática llevó a que la postura de las cortes constitucionales se fortificara para evitar este tipo de transgresiones, realizando un control político a las normas emitidas por los órganos legislativos, control que se desarrolla de forma negativa al declarar la inconstitucionalidad de normas que de su interpretación se pueda deducir una clara vulneración al contenido axiológico de la carta política (Couso, 2004). Pero dentro del activismo judicial, el criterio que más llama la atención es la capacidad de generar normas de carácter obligatorio para la sociedad, en términos claros, legislar positivamente, asemejándose a los sistemas de precedente judicial. De lo anterior se desprende que dicha consecuencia del activismo solo se dimensiona desde los sistemas jurídicos de corte Europeo-continental que basan su criterio de validez en el principio de legalidad.

A pesar de todo, la pérdida de relevancia en la función legislativa no debe entenderse como un fenómeno negativo para la sociedad, ya que ha sido la historia misma la que ha mostrado la necesidad de reforzar el poder constitucional para evitar las arbitrariedades de las mayorías políticas, y el abuso de los derechos de los menos afortunados, además de ser una herramienta idónea en contra del despotismo, y de la ineficiencia de las entidades sociales en el cumplimiento de sus funciones.

## Epistemología legislativa

Poder establecer la argumentación jurídica legislativa y la técnica legislativa como metodologías de investigación requiere de la superación de problemas más complejos que la pérdida de relevancia del principio de legalidad y su posición de criterio único de validez del sistema. Dicho problema consiste en la consideración de la legislación como ciencia. La calificación de estructuras lingüísticas bajo el rótulo de ciencias no ha sido sencilla, de hecho han existido varios debates en contra de la científicidad de las humanidades, los cuales alcanzaron su cúspide en siglo XIX. En este siglo, los representantes de las ciencias físico-naturales argumentaban que si “algo” quería ser ciencia debía satisfacer los pasos del llamado “método científico”. Si no se lograba dicho cometido, entonces el sistema de proposiciones no era considerado una ciencia (Mardones y Ursúa, 2012). La defensa por parte de los representantes de las ciencias del espíritu fue espectacular, al atacar las bases mismas de lo que debe considerarse ciencia, toda vez que un análisis histórico reflejo que nunca existió claridad ni univocidad respecto de la designación de este concepto (Mardones y Ursúa, 2012).

El rastreo histórico del concepto de ciencia evidenció que en sus etapas primitivas existieron dos tradiciones importantes en la filosofía de la ciencia, la llamada tradición aristotélica y la tradición instrumental galileana. La primera de ellas comienza con la observación del fenómeno, que a través de la inducción formula una proposición que debe ser explicada causalmente (Mardones y Ursúa, 2012). A su vez, la explicación causal aristotélica se divide en cuatro causas: material, formal, eficiente y final. La primera de ellas refiere al elemento del que proviene algo, es una tesis ontológica de los elementos que están sujetos a movimiento; la segunda causa alude a la forma que adopta la materia en los objetos, que a pesar de estar formados con los mismos elementos, figurativamente son distintos, por ejemplo, la pipa de madera que se distingue de la mesa de madera en su forma; la causa eficiente es el principio de cambio de los objetos que están en movimiento, por medio de esta fuerza interna o externa la materia adopta la figura; y, por último, la causa final se enfoca en determinar la finalidad de materia figurada eficientemente, en otras palabras, saber cuál es su propósito o fin en el universo (Vigo, 2010). En contraposición al método finalista aristotélico se encuentra la visión metodológica instrumental de Galileo, es de aclarar que este método no es

una idea exclusiva de Galilei, su tradición se remonta al pensamiento platónico y pitagórico (Mardones y Ursúa, 2012), donde se consideraba fundamental la posible matematización del lenguaje. Para Galileo era indispensable que todos los cálculos descriptivos de los fenómenos naturales fueran demostrados por medio de la experimentación. Esto lleva a que las experiencias sensoriales precedan a toda estructura filosófico-descriptiva, y a las nociones teológicas (Pérez, 1998).

Gran parte de la noción de precedencia del mundo sensorial del hombre a todo tipo de construcción filosófica se debe a la influencia de la filosofía humanista, que ayudó a la superación del oscurantismo por medio del Renacimiento. Superación que fue posible por la reinterpretación de la teoría de los conceptos platónicos, la cual fue usada para tener un mejor entendimiento del génesis bíblico. El resultado de esta investigación engrandeció la posición del ser humano respecto de los demás seres de la creación, incluidos los seres súper-racionales, toda vez que según la narrativa bíblica, el único ser que fue diseñado a imagen y semejanza de Dios fue el hombre (Pico Della Mirandola, 2004). Irónicamente, la interpretación platónica de la teología ayudó a superar la visión mitológica de todas las ciencias, al considerar al hombre el centro del universo, que tiene el derecho de instrumentalizar al mundo a su servicio. Se evidencia cómo en este método se excluye la causa final o teleológica de los objetos, ya que su única finalidad es satisfacer los deseos del ser humano (Pérez, 1998).

### *El ascenso de las ciencias sociales con las revoluciones burguesas*

En este punto de la humanidad, la epistemología se enfocó con exclusividad en las ciencias físico-naturales, por ser estas los medios más idóneos para que la naturaleza rindiera beneficios económicos a los patrocinadores de los grandes pensadores. Estos últimos consideraban que no era necesario estudiar la sociedad, por ser un fenómeno evidente e inmutable en el tiempo. Sin embargo, con el acaecimiento de las revoluciones burguesas cambiaron drásticamente las dinámicas sociales de poder, además de reemplazarse los antiguos modelos económicos feudales. Por lo cual, se gestó una nueva visión de la ciencia donde la sociedad sí podía ser vista como objeto de estudio (Montbrun, 2010). El suceso histórico que terminó de fundamentar la importancia de la investigación social fue la Revolución francesa.

Después del efecto dominó que causó este evento, se desarrollaron varios métodos para lograr la elucidación científica de la sociedad durante las revoluciones burguesas, entre los más destacados se encuentran el positivismo científico representado por John Stuart Mill y Augusto Comte, y el método hermenéutico de Max Weber (Mardones y Ursúa, 2012). El primero de ellos, también llamado monismo metodológico, sostenía que toda explicación de fenómenos sociales debía reducirse al método de las ciencias físico-naturales para tener una visión objetiva del problema. Sin embargo, esta tarea presenta ciertas dificultades, toda vez que la verificación de las hipótesis sociales a través de la experimentación es una labor maratónica, que en ciertos eventos se transforma en imposibilidades fácticas (Mardones y Ursúa, 2012).

La metodología hermenéutica, en contraposición al monismo metodológico, fue diseñada por Droysen, Dilthey, Simmel y Weber (Mardones y Ursúa, 2012). Este método se caracteriza por dar prelación a la relación pragmática en el análisis científico de los problemas sociales, de ello se desprende la famosa distinción entre el entendimiento y la comprensión del problema investigativo. Según ellos, todo problema social puede estudiarse desde estos ámbitos, solo que el segundo es más profundo en la identificación de sus causas y posibles soluciones. Esto se debe a que el entendimiento del problema se hace desde la perspectiva externa, o también llamada posición de observador, que lleva a conclusiones superficiales del fenómeno. En cambio, la comprensión del problema implica que el investigador debe estar inmerso en las situaciones sociales problemáticas (González, 2011). De ese modo, sus conclusiones científicas serán sustanciales, ya que, al no ser un mero observador, el investigador asume la posición de partícipe, esto le permite conocer detalladamente los elementos configurativos del fenómeno por investigar (González, 2011). La distinción entre estas dos metodologías es tan significativa, que es posible que las conclusiones respecto de las causas y de las soluciones sean disímiles incluso si se hacen sobre el mismo objeto de investigación.

A pesar de las discrepancias metodológicas entre el positivismo científico y el método hermenéutico, es de resaltar la importancia de las revoluciones burguesas en el alcance que adquirió la investigación social. Por tanto, se legitima a las humanidades bajo el rótulo de ciencias propiamente dichas, y se superan las acusaciones y las limitaciones impuestas por los seguidores de las ciencias

físico-naturales en el siglo XIX. A manera de ejemplo se puede observar cómo el astrónomo y filósofo Immanuel Kant cambió su paradigma investigativo gracias a la inspiración que recibió de la Revolución francesa, que le permitió escribir la obra de derecho moderno más importante de la historia, *La metafísica de las costumbres* (Kant, 2002).

### *La legislación como ciencia social*

Ahora bien, superada la problemática sobre la científicidad de las humanidades, es menester solucionar el cuestionamiento sobre la calificación de la legislación como ciencia social. Manuel Atienza considera que la legislación puede vislumbrarse de manera científica cuando se ocupa del proceso de producción de normas jurídicas. En ese orden, debe tener en cuenta que la ley satisfaga ciertos caracteres formales, y que produzca los efectos deseados en el sistema jurídico y en la sociedad (Atienza, 1989). Lograr lo descrito requiere cumplir con el famoso criterio de *racionalidad legislativa* en sus cinco niveles: (R1) Racionalidad lingüística, que consiste en que el legislador, en su función emisora, debe tener la capacidad de enviar un mensaje claro a los receptores o sujetos normativos; (R2) Racionalidad jurídico-formal, donde las leyes nuevas deben introducirse armónicamente al sistema jurídico; (R3) Racionalidad pragmática, donde la conducta de los sujetos debe adecuarse a lo prescrito por la ley; (R4) Racionalidad teleológica, la ley debe alcanzar los fines sociales perseguidos; y (R5) Racionalidad ética, alude a los principios jurídicos emitidos por el órgano legislativo, que están destinados a satisfacer valores supremos que se justifican a través de la ética (Atienza, 1989). Sin embargo, la labor de considerar a la legislación una ciencia no se ve clara con el simple cumplimiento de los criterios de racionalidad. Otra de las cuestiones problemáticas en la teoría de la legislación es la distinción entre esta con la técnica legislativa, ya que la última pretende el desarrollo de mejores normas con la satisfacción de ciertas reglas lógicas y semióticas, pero no se interesa por elevar la operatividad productora de normas al nivel científico.

Una teoría de la legislación plausible deberá encargarse del análisis general de las leyes, manteniendo un nivel de abstracción elevado que impida su encasillamiento en el método de producción normativa de cada país. En ella la racionalidad es un elemento fundamental, pero no exclusivo, en su constitución (Campos, 2006).

A pesar de ser distinta a la técnica legislativa, la ciencia de la legislación debe aportar elementos teórico-prácticos para la perfección de la primera, es decir, trabaja tanto aspectos externos descriptivos como internos operativos. En ese orden de ideas, se puede concluir que la técnica legislativa es una parte más de la teoría legislativa (Campos, 2006). Sin embargo, la mayoría de las propuestas desarrolladas se enfocan en la fase operativa, y no tienen en cuenta el origen del problema social que se pretende solucionar con la producción normativa, por lo que dejan de lado los aspectos sociológicos, que en definitiva serían en objeto de estudio de esta ciencia, más que la forma correcta de hacer leyes.

### *El objeto de la ciencia legislativa*

Contrario a la mayoría de visiones de la teoría de la legislación, las cuales se enfocan en el proceso legislativo, debe advertirse que la finalidad de su trabajo no es el perfeccionamiento de su técnica, ni tampoco buscar elevar el nivel de racionalidad para obtener por este medio su cientificidad. Si no, que el objeto mismo de esta ciencia son los problemas que se presentan al interior de una sociedad, los cuales necesitan ser solucionados por medio de leyes coherentes con su realidad. Esta última postura refleja que los aspectos por solucionar están en la fase prelegislativa y no en la legislativa. Lo descrito desvirtúa en parte la afirmación de García Amado sobre el contenido de las leyes, que según él, es una cuestión de decisión política (García, 2003). Se considera que el yerro es parcial, evidentemente, el contenido de las leyes es político-deliberativo, pero el problema sobre el que introducen su posición es fáctico. Esto lleva a que el contenido de la ley es el fenómeno social que se debe resolver a través de la emisión de esta, y la politización que irradia a dicho fenómeno se da cuando los parlamentarios, desde su posición moral válida, opinan sobre los alcances sociales del mismo, y proponen un tratamiento jurídico ya sea para eliminarlo o fomentarlo. La decisión política siempre estará presente en las leyes, pero como calificación subjetivo-política de lo que realmente es importante en el contenido de la ley, que es el conflicto social presente. Por ende, en una teoría plausible de la legislación, el objeto principal de estudio debe estar en la fase prelegislativa, y no en la legislativa.

Los análisis desde la perspectiva externa que han desarrollado los sociólogos del derecho determinaron que sus estudios pueden darse desde un aspecto



genético y desde un aspecto emergente (Soriano, 2011). Los estudios genéticos aluden precisamente a la fase prelegislativa que hace el sistema de derecho, el cual al observar las problemáticas presentes decide regularlo normativamente. “La sustitución de las viejas por las nuevas normas presupone una indagación de los estándares sociales sobre los que se han de construir los nuevos valores y principios jurídicos; esta indagación corresponde al sociólogo del derecho que en este caso asume una extraordinaria responsabilidad” (Soriano, 2011).

De lo anterior se deduce que la labor de indagación del sociólogo es fundamental para el fortalecimiento del vínculo entre legalidad y legitimidad, ya que es posible que aunque las leyes tengan un elevado nivel de racionalidad, no satisfagan los valores morales que va adquiriendo la sociedad mutante. Esto conduciría a un posible desobedecimiento de sus contenidos prescriptivos, incluso con un alto nivel de racionalidad. Bajo este entendido, la omisión de los estudios sociológicos sobre los valores sociales en fase prelegislativa, lleva ineludiblemente a la ineficacia normativa en fase poslegislativa (Soriano, 2011).

Por otra parte, el derecho también tiene la obligación que satisfacer las precarias necesidades de una integración social, que se satisface con las operaciones de entendimiento intersubjetivo de sujetos que actúan comunicativamente (Habermas, 2001). Es decir, este proceso de validez del derecho se logra con la comunicación de una comunidad que expone necesidades con el propósito de que el derecho produzca leyes que las satisfagan, y, a su vez, los ciudadanos receptores de dichas leyes las cumplirán bajo el entendido de que ellas son el producto de un proceso de comunicación, el cual busca mejorar las condiciones de vida que ostentan, por esta razón las leyes emitidas por el derecho son válidas (Habermas, 2001).

El derecho moderno renueva el fundamento de la eficacia normativa, reemplazando la tradición absolutista del obedecimiento ciego de la ciudadanía —el cual dejaba en manos de esta la responsabilidad en el cumplimiento del contenido prescriptivo del ordenamiento jurídico—, por una tesis en donde las normas deben cumplir ciertos parámetros valorativos para legitimar su obediencia (Habermas, 2001). En ese sentido, dichas normas deben asegurar las compatibilidades de las libertades de acción. Para Habermas, las leyes reciben *legitimidad* del proceso legislativo de producción normativa, esto se debe a que este organismo justifica sus facultades en el principio de soberanía popular que reside inicialmente en los

derechos subjetivos de los ciudadanos a su *autonomía política*, de ese modo surge la tesis que sostiene que la legitimidad nace de la legalidad (Habermas, 2001).

Se puede concluir que la teoría de la legislación es una ciencia social bastante peculiar y multidimensional, cuyo objeto de estudio ha sido confuso al enfocarse en los aspectos internos racionales de la producción normativa, dejando de lado el elemento social que, en últimas, es el que proporciona el material de trabajo de la argumentación jurídica legislativa, y de la técnica legislativa. Además, la sociedad misma es la que determina la eficacia de las leyes producto de la deliberación política en fase legislativa. Gracias a estos argumentos es posible solucionar la confusión sobre el objeto de estudio de la teoría legislativa. A pesar de ello, la elucidación del objeto no es suficiente para adquirir la calificación de ciencia, también es necesario que se desarrolle un método.

### La confección de la metodología legislativa

Identificado el problema social por parte de la ciencia legislativa, será necesario diseñar un método que proporcione soluciones jurídicas idóneas. Al respecto hay que aclarar que el órgano legislativo solo puede proveer soluciones generales y abstractas, toda vez que el funcionario judicial es el encargado de aplicar las abstracciones a casos concretos específicos. De lo anterior es racional plantearse el siguiente cuestionamiento: ¿cómo es posible que el legislador solucione problemas jurídicos si la aplicación del derecho está en manos de los jueces? La solución a dicho cuestionamiento fue pensada por George Henrick von Wright cuando diseñó la lógica de satisfacción normativa; según él, las normas genuinas que se estructuran a través de formulaciones normativas de segundo orden, que poseen más de dos operadores modales deónticos OOp, solo pueden ser satisfechas si se implica el concepto de transmisión de voluntad (von Wright, 2001). Normalmente toda norma, al ser una entidad temporal, requiere que durante su vigencia los sujetos normativos desarrollen las acciones que se prescriben de una forma especial para cumplir con el contenido de la misma. Por ejemplo, para satisfacer una permisión (Pp) se requiere que el agente materialice la acción facultada en el tiempo por lo menos una sola vez; en cambio, la satisfacción de una obligación (Op) requiere que el estado de cosas que obliga se realice permanentemente por parte del agente durante la vigencia de la norma (von Wright, 2001).

Pero la aplicabilidad de la lógica de la satisfacción normativa a formulaciones normativas de segundo orden es un poco más compleja, toda vez que exige la existencia de autoridades normativas inferiores. Ejemplo de ello, para satisfacer la formulación OOp se requiere que una autoridad superior ordene a una autoridad inferior que expida normas que establezcan el estado de cosas “p”. Sin embargo, con el hecho de la emisión de la obligación inferior no se podría entender que la formulación de segundo orden quede satisfecha, ya que la pretensión real de la autoridad superior es que desarrolle efectivamente el estado de cosas “p” (von Wright, 2001). En términos más pedagógicos, si un jefe le dice a un subordinado con autoridad que obligue al trabajador nuevo a hacer las demandas ejecutivas, la pretensión del superior no queda satisfecha con el simple hecho de que la autoridad subordinada le emita la orden al nuevo, sino que se requiere que este último haga efectivamente las demandas ejecutivas.

Lo mencionado se conoce con el nombre de *principio de transmisión de voluntad*, sin dicha noción la teoría de la satisfacción de normas de orden superior no sería interesante, además es gracias a este concepto que se evidencia la forma en que el legislador soluciona problemas jurídico-sociales de manera indirecta, y obliga o faculta a otro tipo de autoridades para que estas emitan normas técnicas que logren satisfacer los fines procurados por la autoridad normativa superior (von Wright, 2001).

Entendida la forma de entrada de los problemas sociales al sistema legislativo, y la manera en que este proporciona soluciones emergentes reguladoras de la sociedad a través del principio de *transmisión de voluntad*, es necesario establecer las pautas internas de operatividad de este sistema. Para Bulygin (1991) existen dos grandes fases en el método de producción normativa, la fase política valorativa y la fase técnica. La primera de ellas se fundamenta en el debate público o también llamado principio democrático, que tiene la finalidad de fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas que pueden encontrar asentamiento en todos los miembros de la comunidad jurídica (Habermas, 2001). Es la parte discursiva de producción normativa que pretende validez legítima. El principio democrático, en sí mismo, explica la autorrealización de los miembros de una comunidad que entraron voluntariamente a la misma y que reconocen recíprocamente los derechos de sus pares (Habermas, 2001). Por otra parte, la

fase técnica se ocupa de los aspectos racionales de la producción legislativa, que pueden verse desde las dimensiones lingüística y lógica.

Para Gonzalo Santiago Campos (2006), la argumentación jurídico-legislativa se encuentra en los problemas lógicos, dejando de lado las dificultades que puedan presentarse en la dimensión lingüística del componente técnico, ya que, según él, son exclusivas de la técnica legislativa. El fundamento de su observación radica en que la aceptación de las normas estatales depende en gran medida de la racionalidad de las mismas. A su vez, esta se evidencia en la forma de argumentar las leyes en las fase prelegislativa y legislativa (Campos, 2006). Pero la operatividad de la racionalidad en el contexto legislativo es más entendible cuando se aborda desde la propuesta de Atienza de los cinco modelos de racionalidad enunciados en el subcapítulo dos del presente trabajo. Dichos modelos sirven para diseñar dos perspectivas de análisis, una interna y la otra externa (Atienza, 1989).

### *Perspectiva interna*

De la aplicabilidad de los cinco modelos racionales a la perspectiva interna se obtiene la siguiente subdivisión:

- a. Racionalidad lingüística del análisis interno: desde este punto, la argumentación jurídica legislativa se asemeja al proceso de comunicación, donde el sistema jurídico es visto como un sistema de información. En ese orden de ideas, el edictor asume el papel de emisor o redactor del mensaje y el conglomerado social el de receptor. Este último aspecto es el más problemático en este nivel de racionalidad, ya que la identificación del receptor debe hacerse con claridad lingüística para evitar equívocos sobre el sujeto que está sometido al designio de la prescripción. Sin la clara identificación de los dos lados de la comunicación es imposible entablarla, para evitar dicha imposibilidad, el edictor puede valerse de otras ciencias distintas al derecho para poder clarificar los participantes (Campos, 2006).
- b. Racionalidad jurídico-formal del análisis interno: en este nivel de racionalidad los sujetos que intervienen en la relación legislativa están previamente designados por el sistema jurídico. Este último es entendido como corpus normativo o conjunto de normas válidamente emitidas de

funcionamiento sistémico (von Wright, 2001). Dicho funcionamiento solo puede ser alcanzado si las nuevas leyes emitidas guardan coherencia lógica con las ya establecidas. En este punto también se evidencia la necesidad de solucionar otros problemas lógicos presentes en los sistemas normativos, como las lagunas normativas, la redundancia y la incoherencia (Bulygin y Alchourrón, 2013). El primero de estos problemas se presenta cuando no existe una solución maximal para el caso concreto; el segundo se configura cuando el sistema tiene dos o más soluciones maximales para cada caso; y por último, la incoherencia se da cuando las soluciones maximales que le proporciona el sistema al caso son contradictorias, por ejemplo, al mismo tiempo se prohíbe y se permite fumar (Bulygin y Alchourrón, 2013). La importancia de este nivel de racionalidad es fundamental porque, precisamente, en él se desarrolla la llamada técnica legislativa, ya que al regular la producción normativa con parámetros lógicos el sistema enriquece su técnica (Campos, 2006).

- c. Racionalidad pragmática del análisis interno: este nivel está enfocado en la eficacia del sistema normativo, toda vez que no basta con que las normas del sistema sean lógicamente coherentes, si no existe obediencia por parte de los sujetos normativos. La búsqueda del llamado derecho en acción refleja la necesidad de incluir estímulos negativos y positivos en la sintaxis de la norma (Campos, 2006). Sobre este aspecto se encuentra el debate Austin-Bentham. Para el primero, el contenido sancionador del mandato no puede implicar un estímulo positivo o premio para la satisfacción del contenido normativo por parte del destinatario, ya que la naturaleza del mandato se trastorna y podría confundirse con un contrato (Austin, 2002). En el caso de algunas normas se busca que su contenido no sea cumplido, a este fenómeno se le denomina uso simbólico del derecho, ejemplo de ello son los tipos penales de la legislación colombiana que formulan la acción típica de manera positiva anexándole una sanción privativa de la libertad, con la finalidad de que los destinatarios no adecuen su accionar a lo prescrito por la norma, y así cumplir con la verdadera intención del legislador. Es decir, la norma no expresa literalmente la prohibición de matar, de robar, de secuestrar, etc., la cual debe ser deducida por sus destinatarios.

- d. Racionalidad teleológica del análisis interno: el órgano legislativo, al ser elegido por medio del voto, se configura en una expresión más de la soberanía popular; en ese sentido, es poseedor y garante de los intereses sociales, los cuales deben ser protegidos por medio de las leyes. Este nivel de racionalidad muestra que las leyes no tienen la única función de crear situaciones de obligación para los sujetos normativos, también pretenden satisfacer gradualmente algún valor social, por ejemplo, una ley que destina un mayor presupuesto a la educación. Desde la visión teleológica, el sistema jurídico es concebido como un medio para la consecución de valores sociales (Campos, 2006).
- e. Racionalidad ética del análisis interno: al contrario de los demás niveles de racionalidad, el ético se caracteriza por tener una función negativa evaluadora del sistema normativo, el cual será evaluado desde un sistema ético. La elección de este último es indispensable, ya que de él se desprende el catálogo de valores que componen el nivel teleológico. Respecto a los fines que procuran los sistemas jurídicos modernos, Atienza considera que son igualdad, libertad y justicia (Campos, 2006).

### *Perspectiva externa*

El análisis externo de la metodología legislativa puede observarse desde un nivel estático y un nivel dinámico. El primero, en términos generales, muestra cómo se relacionan abstractamente los niveles de racionalidad; en cambio, el dinámico establece las posibles combinaciones entre los niveles (Campos, 2006).

- a. Estática legislativa: la plausibilidad en el desarrollo de una adecuada metodología legislativa requiere que, a través de ella, se logren alcanzar todos los niveles de racionalidad de manera conjuntiva. Pero del análisis abstracto de sus relaciones se deducen ciertas complejidades de armonización. Como evidencia de ello existen un gran número de leyes vigentes en los ordenamientos jurídicos que carecen de varios niveles de racionalidad (Atienza, 1989). Por ejemplo, la racionalidad lingüística puede relacionarse con los otros niveles. Sin embargo, abstractamente hay cierta dificultad en lograr vincularla de manera satisfactoria con el nivel pragmático, cuando materializa sus objetivos a través del uso simbólico del

derecho (Campos, 2006). Recuérdese que dicho uso se caracteriza porque el mensaje del edictor no es claro, y busca que el sujeto normativo haga lo contrario de lo establecido normativamente.

De las relaciones menos armónicas de racionalidad, se encuentra, la del nivel jurídico-formal (R2) con los demás niveles, ya que, la ausencia de lógica en la construcción normativa no implica que el mensaje de la misma no sea claro (R1), o que pueda lograr los fines propuestos por el edictor (R4). La conflictividad emergente, según Santiago Campos (2006), se presenta porque en la confección de las leyes, el legislador está empleando la ayuda de otros científicos sociales distintos a los juristas.

La relación de (R3) con los otros niveles de racionalidad también presenta problemas pero con el nivel teleológico, toda vez, que existe la posibilidad que una norma sea obedecida, sin que cumpla con los fines propuestos por el promulgador. Respecto a la relación entre R4 y R5 su complejidad deriva del hecho, que el cumplimiento de los fines propuestos por la ley no implica necesariamente que se satisfaga el componente ético del sistema. Pero si abordamos la relación desde la ética, se evidencia que ella “si permite una interpretación adecuada de los fines”, es decir, que su posicionamiento es prevalente, adquiriendo la facultad de moldear los otros niveles a su acomodo (Campos, 2006). De lo anterior, surge el siguiente cuestionamiento ¿Qué valores éticos permiten una adecuada interpretación de los fines del sistema jurídico? Al respecto Peces-Barba (1984), sostiene que el valor supremo de los ordenamientos jurídicos, del que se desprenden todos derechos y principios fundamentales del sistema jurídico, es la dignidad humana.

- b. Dinámica legislativa: desde este análisis, la legislación se concibe como un proceso de decisión, en ese orden, diseña modelos de legislación para la solución de problemas sociales (Campos, 2006). Es gracias al análisis dinámico que se distinguen las tres fases de producción normativa: 1) prelegislativa, 2) legislativa y 3) poslegislativa. La primera alude al factor externo del proceso de decisión. Este a su vez es problemático respecto a su existencia, porque los problemas de incoherencia y de lagunas normativas que no pueden ser solucionados por el operador judicial deben ser estudiados por el edictor (von Wright, 2001). Es decir, que no existe

fase prelegislativa cuando se busca solucionar problemas sistémicos del ordenamiento jurídico. En cambio, las fases legislativa y poslegislativa siempre van a estar presentes en el proceso de decisión, pues ambas hacen parte de la llamada metódica legislativa, que es el proceso interno de producción normativa (Campos, 2006).

Con estos dos niveles de análisis desarrollados se construye una metodología general de la ciencia legislativa. Como primera medida, toda legislación aborda problemas internos o problemas sociales externos que deben solucionarse por medio de una decisión. En este punto se aclara que los problemas sociales externos componen la fase prelegislativa, que no se configura en todos los casos, ya que los problemas internos competen a la legislativa. Posteriormente, en fase legislativa la decisión debe comprender la solución de los problemas antes planteados adecuándose previamente a los cinco niveles de racionalidad para que la ley sea una respuesta satisfactoria. Lograr medir su nivel de satisfacción requiere del desarrollo de una fase poslegislativa de control. Lo descrito puede detallarse en las actividades propias de cada fase.

### Los pasos del método legislativo

Recuérdese que la distinción entre epistemología, metodología y método radica en el nivel de estudio que cada uno realiza sobre el fenómeno social. Las grandes discusiones sobre la forma en que realizan los científicos las investigaciones no competen a la metodología, sino a la epistemología (Sánchez, 2011). Los resultados sobre los debates en sede epistemológica constituyen el material de estudio de la metodología para diseñar nuevas reglas que tienen la finalidad de dar orden al nuevo conocimiento. En otros términos, el análisis del conocimiento con fines prescriptivos que caracteriza a la metodología permite la elaboración de un método científico específico para el fenómeno (Sánchez, 2011). Ahora bien, el trabajo desarrollado muestra cada una de estas fases, el debate epistemológico sobre la científicidad de la legislación se dio en el capítulo 2, el análisis metodológico de los debates sociales sobre la ciencia legislativa se presentó en el capítulo 3, queda por confeccionar las reglas o el método de producción del nuevo conocimiento legislativo o método legislativo. En ese sentido, el método en sede legislativa está constituido por ciertas actividades pertenecientes a cada fase que, operadas



satisfactoriamente, producirán leyes lógicamente bien formadas y socialmente efectivas.

### *Actividades de la fase prelegislativa*

Cuando logra materializarse, esta fase es de suma importancia para alcanzar los fines deseados en el debate político. Gran parte del éxito en su promulgación depende del trabajo diligente de la fase prelegislativa. Esta fase se divide en tres etapas: investigativa, de diagnóstico y elaboración de iniciativa.

- a. La actividad investigativa: la indagación sobre los problemas económicos, políticos y sociales de la realidad permite el desarrollo de una buena solución normativa, otro aspecto relevante que es necesario investigar previamente es la opinión de todos los sectores sociales sobre los problemas mencionados.
- b. El diagnóstico: con base en el recaudo de información sobre opiniones y problemas sociales, el siguiente paso es evaluar la información para la formulación de un ante-proyecto. Cabe aclarar que el ejercicio valorativo de la información debe estar a cargo de expertos en el tema, los cuales pueden identificar las causas y las consecuencias de la solución propuesta al sector social al que va destinada.
- c. Iniciativa de ley: cumplidos los dos requisitos anteriores se estructura la iniciativa. Cabe aclarar que este paso puede presentarse directamente cuando se busca solucionar lagunas normativas, antinomias, redundancias, entre otros. Para Campos (2006), toda iniciativa debe contener los siguientes aspectos: 1) planteamiento del problema; 2) tener claridad en los destinatarios; 3) establecer premios o castigos para conseguir su eficacia; 4) determinar los objetivos de la ley; 5) manifestar el contexto de elaboración de la ley; y 6) incluir las normas determinativas que sean necesarias.

### *Actividades de la fase legislativa*

Se permea la iniciativa discursivamente desde los ámbitos político y técnico. El primero de ellos se presenta cuando el problema expresado en el anteproyecto de ley se aborda desde una perspectiva político-pragmática, donde los partícipes

opinan sobre los alcances de la solución planteada. Por otra parte, el debate técnico evita que el contenido de la prescripción sea confuso para sus destinatarios, lo cual puede presentarse por problemas lingüísticos o lógicos.

Ahora bien, la especificidad de estas dos etapas discursivas dependerá en gran medida de lo establecido por la metódica legislativa de cada país. Sin embargo, estas fases de discusión siempre estarán presentes en los sistemas jurídicos modernos.

## Referencias

- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa* (6), 385-403.
- Austin, J. (2002). *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bulygin, E. (1991). Teoría y técnica de legislación. *Revista mexicana de estudios parlamentarios*, 1 (3), 33-51.
- Bulygin, E. y Alchourrón, C. (2013). *Sistemas normativos*. Buenos Aires: Astrea.
- Campos, G. (2006). *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*. México D.F: Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.
- Couso, J. (2004). Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de ciencia política*, 24 (2), 29-48.
- García, J. A. (2003). *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá D.C.: Temis.
- García, P. (1998). El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, (1), 65-88.
- González, E. (2011). Sobre la experiencia hermenéutica o acerca de otra posibilidad para la construcción del conocimiento. *Discusiones filosóficas*, (18), 125-143.
- Habermas, J. (2001). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Hart, H. (1968). *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kant, I. (2002). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del derecho*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- López, G. (2005). La Jurisdicción Constitucional Colombiana: ¿Un gobierno de los jueces? *Revista Jurídica Piélagus*, 4, 7-14.
- Mardones, J. y Ursúa, N. (2012). *filosofía de las ciencias humanas y sociales*. Barcelona: Anthropos.

•Metodología y método de la ciencia legislativa•

- Montbrun, A. (2010). Notas para una revisión crítica del concepto de poder. *Polis*, 9 (25), 367-389.
- Paulson, S. (2003). La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. *Doxa* (26), 547-582.
- Peces-Barba, G. (1984). *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos.
- Pérez, R. (1998). *¿Existe el método científico? Historia y realidad*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Pico Della Mirandola, G. (2004). *Discurso sobre la dignidad humana*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodríguez, C. (2012). *La decisión judicial*. Bogotá DC: Siglo del hombre.
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para la investigación del derecho. *Revista telemática de filosofía del derecho*, (14), 317-358.
- Schmitt, C. y Kelsen, H. (2009). *La polémica Schmitt-Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la constitución versus ¿quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos.
- Serrano, E. (2007). Derecho y orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt. *Isegoría*, (36), 125-141.
- Soriano, R. (2011). *Sociología del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Vigo, A. (2010). Explicación causal y holismo de trasfondo en la filosofía natural de Aristóteles. *Kriterion*, 51(122), 587-615.
- von Wright, G. (2001). *Normas, verdad y lógica*. México DF: Fontamara.
- Zuleta, E. (1976). Savigny y la teoría de la ciencia jurídica. *Anuario de filosofía del derecho*, (19), 57-82.



# ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: PRINCIPALES ANTECEDENTES METODOLÓGICOS

Andrea Alarcón Peña\*

## Aproximación metodológica

Como advierten Arjona y Rubio (2002), la relación entre el derecho y la economía se remonta a miles de años atrás, el Código de Hammurabi (1700 a. C) ya determinaba reglas en materia de salarios e intereses, y el Código de Shulgi (2000 a. C) señalaba que la idea de restablecimiento de la justicia llevaba implícitos cambios en la situación económica. Esta innegable influencia ha evolucionado a lo largo de la historia, y ha permeado el pensamiento de múltiples economistas, inicialmente, y juristas, con posterioridad, para construir una metodología de estudio. Becker, uno de los mayores exponentes del análisis económico del derecho (AED) respecto al diálogo entre estas dos disciplinas ha señalado que:

el uso del lenguaje económico para describir una parte del derecho es de gran utilidad. Tanto que pareciera posible utilizar el lenguaje económico en todas las áreas del

---

\* Abogada de la Universidad Santo Tomás; Especialista en Derecho Comercial y de los Negocios; Magíster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia; Doctora *Cum Laude* en Estudios jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia (España). Docente de la Universidad Católica de Colombia y de la Universidad Militar Nueva Granada.

derecho, pero solo mientras no se olvide que los intercambios reales en ciertas áreas significativas no se realizan bajo una base de uno a uno (Becker, 2002, p. 585).

En la misma línea podemos encontrar a Oliver Wendell Holmes, quien como juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos señaló en el año 1897 al pronunciar una conferencia titulada “The Path of the law” que “para el estudio racional del derecho es posible que el hombre del portafolio sea el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de la estadística y el conocedor de la economía” (1897). Esta frase quizás constituye una visión premonitrice del nuevo enfoque que exige el estudio de la disciplina jurídica, tan distante durante mucho tiempo de los análisis y las consideraciones económicas.

En estricto sentido, el AED pretende analizar, a partir de herramientas de la microeconomía y la econometría, la influencia de las decisiones políticas y judiciales en el campo económico. Bejarano amplía esta definición al indicar que la metodología en mención aplica la teoría económica y la economía del bienestar al “examen de la formación, estructura, procesos e impactos económicos de la ley y de las instituciones legales” (1999, p. 155). De acuerdo con esta última definición se entenderá que la economía del bienestar “se centra en la deseabilidad social de situaciones económicas alternativas” (Franco, 2013, p. 45).

A partir de esta tesis resulta claro que la economía otorga una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos frente a modificaciones normativas (Cooter y Ulen, 2002, p. 14). Se plantea entonces la necesidad de otorgar mayor rigor al estudio jurídico al construir una teoría científica del comportamiento humano en la que es posible “demostrar que los principios económicos pueden ofrecer directrices para la resolución legal de demandas, para la promulgación de nuevas legislaciones y para la interpretación de los estatutos existentes” (Buchanan, 2000, p. 124).

Esta construcción teórica plantea entonces que el individuo decidirá si demanda o no demanda una norma –en términos económicos– a partir de la valoración de los incentivos –positivos o negativos– que su cumplimiento o incumplimiento genera. Como señala Pinzón, el papel de la ley será generar señales en un mercado para que los agentes tomen decisiones, circunstancia a partir de la cual es posible determinar que al actuar la ley como un precio –que un individuo decide pagar o no– el legislador tendrá la responsabilidad de diseñar un complejo

sistema de incentivos orientado a estimular o desincentivar la realización de ciertas conductas o comportamientos (2010, p. 34).

La definición de esta metodología precisa distinguir los dos enfoques fundamentales que ha registrado. El primero de ellos es el positivo y el restante el normativo. El enfoque positivo supone el análisis de hechos que pueden ser de dos tipos: i) examinar cuáles son o pueden ser las consecuencias reales de las normas jurídicas a partir de la determinación de las reacciones que tendrán los individuos frente a una norma determinada y; ii) estudiar la forma en que determinadas circunstancias influyen en el contenido y forma de algunas decisiones jurídicas (Domenech, 2014). Estas dos perspectivas explican cómo se comportan las personas al tomar decisiones en condiciones de escasez, responde en consecuencia a una visión ontológica del comportamiento humano, a un enfoque descriptivo. En este la noción de eficiencia es el factor predominante que le da razón a las normas, las reglas y el procedimiento del derecho.

En enfoque normativo, por el contrario, explica cómo deberían emplear los individuos sus recursos escasos al adoptar decisiones. Así, el AED revisa qué es lo que los agentes económicos deberían hacer frente a las consecuencias que consigna la norma, con la intención clara de obtener la maximización de sus intereses. Un enfoque prescriptivo y una visión deontológica caracterizan esta orientación. Para este enfoque la necesidad de intervención del Estado en la economía resulta ser esencial para corregir las fallas del mercado y alcanzar no solo eficiencia económica sino mayor equidad en la asignación de los recursos (Torres, 2012). En la literatura económica es posible encontrar las expresiones “fallas del mercado” y “fallos del mercado” como sinónimas de aquellas condiciones asociadas a competencia imperfecta o poder de mercado, externalidades, asimetrías en la información, mercados incompletos y bienes públicos. El tratamiento sobre aquellas resulta extenso, sin embargo, autores como Perloff (2004), Samuelson y Nordhaus (2002), Stiglitz (2000) y Pindick y Rubinfeld (2001) las desarrollan con claridad.

Durante el primer periodo de esta disciplina la producción académica se catalogaba como perteneciente a la Escuela de Chicago (positiva) o a la Escuela de Yale (normativa). Sin embargo, esta clásica división ha sido superada y ha dado origen a una tercera escuela, la de Virginia, de corte funcionalista, que constituye una visión mucho más integradora, que reconoce las falencias y fortalezas de

cada doctrina e incorpora los hallazgos de la teoría de la *public choice* al AED (Parisi, 2015).

### El *homo economicus* y el *behavioral law and economics*

Al tenor de Posner, si los individuos racionales pretenden maximizar su riqueza, la función básica que corresponde a la ley es alterar los incentivos. Así, el legislador puede diseñar modelos sociales ajustando los precios implícitos en el sistema normativo. Además, si la pretensión es reducir la incidencia de determinadas conductas, corresponderá aumentar su precio legal con el fin de producir cambios en el comportamiento de los individuos. Por ello se considera –no siempre de manera acertada– que ante el incremento de una multa o sanción el comportamiento que la genera sufrirá una reducción ostensible o considerable (Posner, 2000).

Esta nueva valoración del individuo supone predicar tres atributos o características: racionalidad, criterio maximizador y egoísmo. Un *homo economicus* en el que el hombre busca maximizar sus propias utilidades en todos los escenarios de la vida, con independencia de que se trate de situaciones de mercado o no mercado. Se trata, en consecuencia, de obtener el mayor beneficio posible con el menor esfuerzo, una lógica en la que la consecución de la eficiencia resulta ser la prioridad. Esta circunstancia, sin embargo, no es la descripción de un sujeto real sino el planteamiento de un modelo de comportamiento. Igualmente, y como reconoce de Querol Aragón (2007) a partir de esta “sencilla hipótesis” es posible arribar a varias conclusiones:

- a. Hipótesis de maximización y racionalidad: los sujetos, atendiendo a sus restricciones presupuestales, tratan de maximizar su bienestar ordenando sus preferencias de mayor a menor según la satisfacción que estas les representen.
- b. Hipótesis de estabilidad: la elección y el orden que los individuos otorgan a sus preferencias son estables y no se encuentran influenciados por factores externos (bien sea por la política del Estado o de cualquier otro agente externo).
- c. Supuesto de soberanía del consumidor: cada individuo es quien mejor conoce sus preferencias, deseos y necesidades.



- d. Principio del equilibrio: cuando un sujeto advierta que puede mejorar su situación tendrá incentivos para cambiar su ordenación de preferencias.

Y aunque en apariencia este modelo resultaría sencillo, múltiples críticas han surgido desde sectores diversos. Una de las primeras surgió con Herbert Simon que advirtió de la racionalidad limitada de los individuos derivada, entre otras, de las restricciones cognitivas del ser humano (1955). Estas limitaciones producen errores respecto a la interpretación de un hecho y la decisión que se debe tomar. Es una postura diversa frente al conductismo clásico del AED que dio origen a una de las corrientes más discutidas de esta metodología: el *behavioral law and economics*. En esta se advierten críticas a la teoría clásica que parte del postulado de la búsqueda del propio interés por parte de los agentes económicos.

Como advierten Albrillo y López-Ibrot,

no se trata solo de tratar de explicar comportamientos altruistas que, de hecho, han sido incorporados sin mayores problemas por la teoría ortodoxa de la maximización de utilidad. Se considera que de la misma manera que se parte de que la racionalidad de las personas es limitada, también lo es la búsqueda del propio interés. Esto hace que la gente se guíe en muchos casos más por criterios de equidad y de la búsqueda de una solución que consideren “justa” de los problemas económicos Y esto les lleva a actuar, en muchos casos de forma contraria a su propio interés (2011, pp. 209-210).

En consonancia con lo que se advierte, “las personas son complejas y multidimensionales [...] tienen motivaciones diferentes en épocas y circunstancias distintas, y están imperfectamente informadas” (Adams, 1998, p. 255). Esta consideración, como advertimos, rompe con el paradigma de *homo economicus* que en su momento planteó Stuart Mill (aunque en sus escritos nunca propuso esta categoría, por el contrario, surge como reacción a su planteamiento teórico) (Persky, 1995) y que sirvió como base para los primeros estudios de AED. Para Stuart Mill, la economía política estudia al hombre como un ser que anhela poseer riqueza y tiene la capacidad para comparar la eficacia de los medios empleados para obtener ese fin. Sin embargo, para otros autores como Baurmann, esta tradición teórica se remonta a Hobbes, Mandeville, Hume y Ferguson, y se complementa, de manera reciente, con Weber, von Mises, Menger, Hayek, Popper y Buchanan, para quienes un *homo economicus* siempre decide oportunistamente y “no subordina sus intereses personales a los intereses de otros o a las normas de la moral y el derecho” (Baurmann, 1998, p. 47).

Sin embargo, esta teoría debe analizarse en contexto con la propuesta de Smith que en *La teoría de los sentimientos morales* indica que los individuos tienen interés por el bienestar de los demás y se comportan de manera benevolente, en posición opuesta a lo que manifestó en *La riqueza de las naciones*, en donde propone a un individuo egoísta (Hurtado y Mesa, 2010, pp. 282-285; D'Elia, 2009). Gary Becker matiza la postura de Stuart Mill al indicar que el comportamiento de los hombres

no está motivado exclusivamente por el egoísmo o las ganancias materiales. Es un método de análisis, no un supuesto acerca de motivaciones particulares, entre otras. Junto con otros, he intentado alejar a los economistas de los estrechos supuestos acerca del egoísmo. El comportamiento es guiado por un conjunto mucho más amplio de valores y preferencias. El análisis supone que los individuos maximizan su bienestar tal como ellos lo conciben, bien sean egoístas, altruistas, leales, rencorosos o masoquistas. Su comportamiento mira hacia adelante, y también se supone que es coherente a través del tiempo (1993, p. 385).

Al poner de presente que la aparente racionalidad egoísta de los individuos no puede ser racero suficiente para analizar sus decisiones, es claro que los sujetos maximizan su bienestar tal como ellos lo perciben. Otra interpretación es posible a partir del planteamiento de Polanyi para quien “se constata que el hombre sigue actuando en gran medida por motivaciones ‘mixtas’, sin excluir las relacionadas con el deber hacia sí mismo y hacia los otros, y tal vez incluso disfrutando secretamente del trabajo por el trabajo mismo” (2013, p. 95).

En todo caso resulta claro, bajo la perspectiva del AED, que el sistema legal influye de manera determinante en la conducta de los individuos, por cuanto las normas jurídicas constituirán incentivos que condicionarán la conducta humana. Esa influencia es, de alguna manera, predecible y explicable —el rigor metodológico del que hablan los principales exponentes del AED—, las normas jurídicas influyen sobre la conducta humana de una forma muy parecida —y en ocasiones tan predecible— como el mecanismo de precios.

La teoría económica, en estos términos, puede emplearse para explicar y predecir la forma en que los ciudadanos actúan frente a las diversas alternativas regulatorias que el legislador puede establecer, cuáles pueden ser los costes y beneficios que estas alternativas pueden generar y, dentro de todas ellas, cuál es la que maximiza el bienestar social, la eficiencia económica y la equidad.

## Principales escuelas

Numerosas investigaciones han identificado el marco histórico y los antecedentes del análisis económico del derecho moderno, entre estas vale la pena resaltar el esfuerzo de Núñez (2000), quien a partir de un ejercicio de identificación de los antecedentes filosóficos remotos (Aristóteles, Hobbes y Spinoza) y modernos (Beccaria, Blackstone, Bentham, Spencer y Hegel) advierte cómo, a pesar de ser una metodología aparentemente contemporánea, encuentra sus fuentes en épocas remotas (Durán y Lalaguna, 1992), construye sus pilares no solo en perspectiva filosófica sino económica, encontrando en economistas institucionalistas (Knight, Commons y Galbraith) y neoinstitucionalistas (Coase, Williamson, Becker y North) aportes esenciales para la construcción de las principales escuelas que han dado forma a esta nueva interpretación de la relación economía y derecho.

Es preciso también señalar que en los últimos años ha cobrado tal importancia esta metodología que varios economistas, haciendo uso de ella, han logrado varios premios Nobel de economía; así, James Buchanan en 1986 (bases contractuales constitucionales aplicables a la adopción de decisiones políticas y económicas); Ronald Coase en 1991 (análisis de los costos de transacción y la asignación de los derechos de propiedad); Gary Becker en 1992 (aproximación económica a estudios de no mercado como la familia, la discriminación racial, el amor y el sexo); George Akerloff en 2001 (asimetrías de información como forma de oportunismo precontractual); Oliver Williamson en 2009 (teoría económica de los costes de transacción), y Oliver Hart y Bengt Holmström en 2016 (análisis de contratos) entre otros.

En Estados Unidos no fue sino hasta mediados del siglo XX —a través del trabajo de Henry Simon, Aaron Director, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Gordon Tullock y otros— que el estudio de las relaciones entre el derecho y la economía cobró una importancia inusitada en el mundo académico (Parisi, 2015). No obstante estos antecedentes, la doctrina, de forma unánime, identifica a la Escuela de Chicago como el origen del AED con los trabajos de Coase, Manner, Becker y Posner (Lozano, 2016). A partir de esta escuela, y siguiendo el planteamiento de Mercurio y Medema (1997), son cuatro las perspectivas del AED: la tradicional, la neoinstitucional, la de elección pública y la crítica jurídica.

Y aunque por el origen de esta metodología, ligada a sistemas jurídicos de *common law*, podría pensarse en una aplicación restrictiva para países con esta tradición, la evolución y el alcance que ha tenido ha influido notablemente en Europa continental con publicaciones como el *European Journal of Law and Economics* y *Erasmus Law & Economic Review* que han venido a complementarse con la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (Alacde).

### *Análisis económico del derecho ortodoxo*

Respecto al análisis económico del derecho ortodoxo se encuentran dos escuelas: la Escuela de Chicago y la Escuela de New Haven o Escuela de Yale.

#### Escuela de Chicago

En estricto sentido, es posible señalar que 1960 constituye el año de nacimiento de la metodología en cuestión. “El problema de costo social”, publicado en el *Journal of Law and Economics*, de la Universidad de Chicago, constituye el artículo más citado de la literatura económica al establecer los fundamentos de la teoría económica de los derechos de propiedad (Aguilar y Castro, 2006). Con antelación a este, y tal como reconoce Posner, “el análisis económico del derecho era casi sinónimo del análisis económico del derecho contra los monopolios, aunque había algunos trabajos económicos sobre el derecho fiscal (de Henry Simons), el derecho corporativo (de Henry Manne) y la regulación de los servicios públicos y los transportes colectivos (de Ronald Coase *et al.*)” (2000, p. 27). El trabajo de Coase, sumado al de Guido Calabresi (1961), “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, produjo un efecto cascada en la producción y el interés académico. Los estudios presentes hasta ese momento se caracterizaban porque su objeto estaba constituido por estudios de mercado en los que la empresa resultaba principal objeto de observación (Pinzón, 2010).

En esta primera escuela la defensa del mercado resultaba ser esencial, por ello se consideraba que el monopolio resultaba ocasional y transitorio y no requería mayor esfuerzo regulatorio pues las presiones de la competencia lo diluirían. Esta circunstancia debe analizarse a la luz de la política *antitrust* estadounidense integrada por varias normas que, por la estructura del sistema de *common law*,

han sido fortalecidas a través de diversos pronunciamientos judiciales, estas son: Sherman Antitrust Act expedida en el año 1890, Clayton Act del año 1914, la Federal Trade Commission Act del mismo año, la Robinson-Patman Act de 1936, la Celler-Kefauver Act de 1950 y la Hart Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976 (estas tres últimas enmiendas a las primeras) (Botero, 2002).

Posner señalaba al respecto que la aplicación de la legislación *antitrust* podría devenir en innecesaria en razón de que la existencia de regulación generaba ineficiencia debido a la debilidad del marco institucional, a los elevados costos de la regulación y a las intervenciones contrarias al mercado que suponía esta (Torres, 1987). Para esta escuela, el fin último es la asignación eficiente de recursos, por ello es reconocida por su visión conservadora respecto al mercado, en la que la intervención del Estado en la economía resulta nociva por los problemas y costos a ella asociada. Las fallas del mercado resultaban ser una circunstancia que por la dinámica misma del mercado serían resueltas sin necesidad de un marco regulatorio que promoviera o facilitara la competencia y la competencia.

El escrito de Coase llega a la conclusión de que en un mundo en ausencia de costos de transacción las partes, ante una eventual externalidad (entendida como “una actividad de consumo o de producción produce un efecto indirecto en otra actividad de consumo o de producción que no se refleja directamente en los precios de mercado” (Pindyck y Rubinfeld, 2001, p. 615), llegarán por sí mismas a la solución más eficiente aún en ausencia de normas jurídicas; sin embargo, en un mercado real la existencia de costos de transacción es una constante por lo que la función del sistema jurídico será lograr la reducción de estos a su mínima expresión. Esta teoría es conocida como el teorema de Coase. Aunque, al respecto, vale la pena mencionar la aclaración que hace Torres Corredor (2002) cuando recuerda a los estudiosos del análisis económico del derecho que la expresión “el teorema de Coase” no fue obra del profesor Ronald Coase sino del profesor Stigler.

Los costos de transacción pueden ser comprendidos como los costos de intercambio en que incurren aquellos que participan en el mercado. Estos, según el momento del contrato o proceso de intercambio, se dividen en costos de búsqueda, de arreglo y de ejecución. La norma juega un papel muy importante en la reducción de los costos de transacción pues al establecer derechos de propiedad claros será más sencillo negociar; a su vez, la determinación de un derecho contractual claro proveerá términos de omisión eficientes y la consecuente

responsabilidad en caso de incumplimiento (Bejarano, 1999, pp. 164-166). En el mismo sentido, North indica que estos son “los recursos necesarios para medir tanto los atributos físicos como legales de los bienes que se están cambiando, los costos de vigilar, patrullar y hacer cumplir los acuerdos y la incertidumbre que refleja el grado de imperfección en la medición y cumplimiento de los términos de intercambio” (1995, p. 44).

La reducción de estos costos resultará ser tarea importante en la medida en que si aquellos se elevan sustancialmente resultará prohibitivo celebrar acuerdos, o los mismos se realizarán con un alto grado de incertidumbre, lo que generará disputas legales que arribarán a los tribunales y harán más costosa la negociación. Por el contrario, cuando los costos de transacción son mínimos y los derechos de propiedad se encuentran claramente asignados y limitados, el marco normativo no tendrá consecuencias en la asignación de esos recursos y, por tanto, la mejor negociación vendrá de los individuos que se encuentran involucrados (Coase, 2000), por ello se comprende que en este escenario la empresa, al disminuir los costos de transacción, facilita el proceso de negociación al reducir el número de negociaciones particulares ampliándolo a contratos tipo (Coase, 2009).

Para Coase, la negociación que realizan las partes está condicionada por la concurrencia de dos circunstancias: la primera de ellas supone una asignación precisa de los recursos o, en términos jurídicos, una clara asignación de los derechos de propiedad. Y esta condición precisa determinar qué usos son permitidos y quiénes son titulares de los derechos que se encuentran en conflicto. La segunda condición para llegar a un acuerdo supone que los costos de transacción (*ex ante* y *ex post*) sean nulos para que las partes, sin necesidad de la intervención de un tercero externo, puedan alcanzar un acuerdo autónomo, en el que estos reglamenten las condiciones de sus relaciones contractuales. Cuando no existen costos de transacción la asignación “lograda mediante el ordenamiento jurídico de los derechos sobre los recursos es indiferente para la consecución del objetivo de eficiencia” (Bejarano, 1999, p. 162).

Pero como se advirtió con antelación, pensar en una transacción en la que los costos sean nulos resulta utópico. Estos costos –implícitos o explícitos– permiten entender la existencia de las instituciones, que facilitan su reducción. Al respecto, Uprimny reconoce “el enorme impacto que tienen los arreglos institucionales como presupuesto de funcionamiento de los mercados, que es una forma

de reconocer, desde el campo económico la importancia del Derecho y de las instituciones en los procesos económicos” (2001, pp. 37-38); el marco institucional es responsable entonces de originar y constituir el ámbito de interacción de los agentes económicos. Y es justamente este planteamiento el que da pie a la Escuela del Neoinstitucionalismo.

#### Escuela de New Haven o Escuela de Yale

A diferencia de su predecesora, esta escuela considera que las fallas del mercado no son un mal mínimo, por el contrario, la falta de atención y corrección oportuna de las mismas genera problemas de equidad que ocasionan serios problemas en el desarrollo social. Por ello es precisa alguna forma de intervención del Gobierno que motive una revisión del papel de las instituciones como reguladoras del mercado. Frente a ellas se advierte que el problema no será el exceso de regulación sino la escasez de aquella (Arjona y Rubio, 2002). No se pretende desconocer el papel del mercado como el mecanismo más eficiente para la asignación de recursos, este no será desplazado por un sistema de economía dirigida en el que el Gobierno tomará las decisiones respecto al funcionamiento de aquel, sino que se reconoce la imposibilidad del mercado para, de manera natural y movido por sus propias reglas, superar los diversos problemas que en su interior se presentan. Es por ello que se indica que la desatención de esas fallas genera problemas en la eficiencia, distribución, justicia y equidad.

Esta escuela encuentra en Guido Calabresi a su máximo exponente, y a diferencia de los trabajos de Posner<sup>12</sup>, se centra en temas derivados de las reglas de la responsabilidad civil a partir de un enfoque normativo del AED, que describe la estructura legal deseable (Pinzón, 2010).

Para ello, e identificando costos primarios, secundarios y terciarios asociados a los accidentes, plantea mecanismos que permitan atenuar o minimizar las pérdidas que cada uno de ellos producen. Esta teoría parte de una crítica a la postura que Coase sostiene respecto a los costos de transacción pues, como se indicó, en

12 Mucho más heterogéneos, donde es posible encontrar en su obra más famosa, *El análisis económico del derecho* (2000), estudios de propiedad, derecho contractual, derecho familiar y reglamentación sexual, derecho de responsabilidad, derecho penal, regulación pública del mercado y análisis de la teoría del monopolio, regulación laboral, regulación de servicios públicos, análisis de las organizaciones empresariales y los mercados financieros, la tributación, el derecho sucesoral, el derecho constitucional y la discriminación racial, entre otros.

ausencia de estos, y a pesar de las reglas de responsabilidad, los agentes lograrán la misma asignación de recursos con total independencia de a cuál de ellos se le hubiera cargado el costo, es decir, con total independencia del sistema legal. Calabresi reconoce que esta situación podrá ser sostenible en el corto tiempo, pero no en el largo plazo (2013). Plantea el autor que una de las funciones del derecho de los accidentes es la reducción de los costos que a ellos se asocia mediante la disminución de aquellas actividades que propician dichos costos; la consecuencia de esto se traduce en un encarecimiento de la actividad y un menor incentivo para desarrollarla.

Los costos primarios son aquellos relacionados con el número y la gravedad (ocurrencia y prevención), respecto a estos señala el autor que podrán ser reducidos de varias maneras: desalentar las actividades riesgosas para que sean sustituidas por otras que resulten más seguras, o incentivar la toma de precauciones durante la realización de dicha actividad (Calabresi, 2003). Los costos secundarios están ligados a las disfunciones sociales y económicas que se “derivan del grado de concentración o distribución de los costes primarios en el tiempo o en un número de personas” (Coderch y Gómez, 2005), por lo que su reducción podrá tener como fuente un generalizado seguro social que cubra los eventuales daños que todos pudieran sufrir. Y los costos terciarios se reflejan en los gastos necesarios para gestionar los anteriores como la burocracia requerida o la maquinaria legal o judicial.

Una sociedad tendrá claros incentivos para reducir estos tres costos, pero podrá priorizar uno de ellos, tal decisión generará conflictos. Si la decisión apunta a reducir los costos primarios sería necesario pensar en un sistema de responsabilidad absoluta que sancione cualquier tipo de daños causado —con independencia del monto, alcance o tipo de actividad que los genere—. Esta posibilidad resultaría nociva en la medida en que el costo de los terciarios se incrementaría sustancialmente debido a la proliferación de acciones por circunstancias ilimitadas. Si la decisión apuntara a una reducción de los costos secundarios se produciría un incremento en los primarios y terciarios pues no concurriría en el individuo incentivo alguno para que adoptara comportamientos racionales, maximizadores, de previsión y cautela orientados a prevenir los daños.

Situación que, a su vez, se vería potenciada por el riesgo moral —elemento de la asimetría de la información— que propiciaría en mayor medida comportamientos



oportunistas. Si la elección se orienta a la reducción de los terciarios la “regla ideal sería la ausencia de toda responsabilidad, es decir, una tal que el titular del derecho o bien lesionado habría de cargar siempre con los costes de su destrucción o deterioro sin disponer nunca de ningún género de pretensión de daños contra el tercero que los hubiere causado”, circunstancia que potenciaría los riesgos primarios (Aguilar y Castro, 2006).

La cuestión para el principal exponente de este enfoque apuntará a diseñar un sistema de responsabilidad orientado a reducir los tres costos y, en consecuencia, minimizar los daños causados por los accidentes y los costos burocráticos a ellos ligados. No obstante, y como sostiene Ghersi, es imposible resolver por completo el problema de costos asociados a accidentes y la consecuente asignación del mismo a un agente en particular (1996).

### *Escuela de la Nueva Economía Institucional o Neoinstitucionalismo*

A principios de siglo, en Estados Unidos se habían producido importantes avances para estudiar la interacción profunda que existe entre el sistema legal y la economía. Este análisis, que tuvo como enfoque la economía institucional, suponía un conjunto heterogéneo de esfuerzos en los que las instituciones cobraban un papel esencial en el funcionamiento de la economía (Arjona y Rubio, 2002). Para Williamson, el neoinstitucionalismo

trabaja en dos niveles: uno macro, constituido por el medio institucional o reglas de juego que constriñen las acciones de los agentes y las encausa, y un nivel micro, en el que operan las instituciones de gobierno sobre los agentes económicos, como los mercados, los cuasimercados y las estructuras jerárquicas de contratación (empresas y burocracias públicas) (2000, p. 93).

Las instituciones son concebidas como “cualquier tipo de limitación que los humanos crean para dar forma a la interacción humana” (North, 1995, p. 14). La limitación viene a estar constituida por reglas que se cumplen debido a que se refuerzan con la existencia de incentivos –que no siempre deben ser considerados en términos económicos, concurren los culturales o una mezcla de estos (Lindarte, 2015)–, y recompensas o amenazas, y sanciones. Frente a estos refuerzos los individuos, que se comportan, generalmente, de manera racional, calculan el beneficio de obedecer y si no siguen la norma analizan si la ventaja es mayor o

menor que el castigo o la sanción (o pueden considerar cuál es la probabilidad de ser sorprendidos o aprehendidos en caso de incumplimiento). Claro, la racionalidad de los individuos debe ser matizada, pues estos no siempre actúan de manera predecible, ya que sus motivaciones son complejas e inestables, escenario que pone de relieve la importancia de las instituciones al reducir “la incertidumbre estableciendo una estructura estable (pero no necesariamente eficiente) de la interacción humana” (North, 1995, p. 16).

Las reglas base de las instituciones pueden tener dos modalidades, formales e informales. Las primeras responden a reglas de juego positivas –Constitución, que fija el margen de acción tanto de los particulares como del Estado y los legitima en sus diferentes ámbitos de actuación en el proceso económico (Sánchez Torres, 2007, p. 22), leyes, tratados, reglamentos, etc.– cuyo cumplimiento es obligatorio y requieren de un poder coercitivo que garantiza su observancia. Las restantes se constituyen por las prácticas, las costumbres, los valores propios de una población, etc., las cuales, con el transcurrir del tiempo, se interiorizan en la memoria social (Parra, 2005, p. 36). Las dos forman un conjunto de reglas de interacción social estructurada. Frente a estas señala North que las reglas informales se encuentran compuestas por “a) convenciones que evolucionan como soluciones a problemas de coordinación y que todas las partes están interesadas en mantener, b) normas de comportamiento que son estándares reconocidos de conducta, y c) códigos de conducta autoimpuestos tales como estándares de honestidad o integridad” (1992, p. 480) (traducción propia).

Las constituciones, como reglas formales creadas, permiten regular la acción del Estado sobre las estructuras del sistema económico, y establecen principios, valores y normas para su coordinación. Esto debido a que cuando el marco creado no es suficiente se generan altos costos de transacción macro que propician la baja productividad económica y el funcionamiento ineficiente. La organización económica requiere una especialización de tareas, determinación de reglas –y en caso de incumplimiento un régimen sancionatorio claro– y una estructura acertada para su completa constitución. El funcionamiento del mercado es complejo y la existencia de parámetros que lo regulen ya no es objeto de discusión –máxime en un ESD–; la Constitución entonces, como “norma de normas”, fija las reglas coordinadoras del intercambio, y el Estado –a través de sus ramas y órganos del poder– vigila su desarrollo y sanciona su incumplimiento.

Las reglas necesitan de un factor indispensable: garantía de la protección de los derechos y certeza del cumplimiento de los acuerdos (García Villegas, 2004, p. 112). Si un sistema de economía social de mercado –reconocido materialmente por la jurisprudencia constitucional colombiana– descansa sobre constantes procesos de intercambio, la “habilidad de hacer que se cumplan acuerdos a través del tiempo y el espacio es la piedra fundamental de un mercado eficiente” (North, 1992, p. 481). Y para garantizar ese cumplimiento es indispensable un sistema imparcial, neutral y efectivo de reglas y sanciones que garantice el cumplimiento de las normas. Si este sistema existe los costos de transacción se reducirán pues los actores económicos y sociales –que son todos los individuos– tendrán la seguridad suficiente para invertir y negociar. La existencia de un sistema económico con reglas claras que encuentren una fuente confiable, abierta y flexible –Constitución– permitirá un desarrollo económico más eficiente, en contraste con uno rígido y con dificultades para amoldarse y contemporizarse con las modificaciones y variaciones requeridas.

Esas reglas de juego van a actuar como incentivos, negativos o positivos, que motivarán la conducta de los individuos, cada uno de ellos decidirá si demanda (en términos de mercado) o no una de estas reglas y esa determinación dependerá del costo que esta conlleve. Este razonamiento constituye el punto de partida del análisis económico del derecho (Bullard, 2015, p. 743).

Para Simón (1986), los individuos tienen una racionalidad limitada por las carencias de información (asimetrías de información) y por sus propios procesos de conocimiento (que son incompletos). Estas circunstancias generan costos para acceder a la información que condicionan el proceso, e incluso generan errores de apreciación o percepción de la realidad. En este contexto, las instituciones ayudan a guiar su comportamiento y las normas sociales sancionan o aprueban sus acciones, por lo que las decisiones económicas eficientes solo podrán ser tomadas en ámbitos institucionales propicios. Por ello, cuando las instituciones no son adecuadas (por estar montadas en sistemas políticos que favorecen los intereses de unos pocos, o tratarse de instituciones cooptadas o capturadas, entre otros supuestos) “lo que hacen entonces es propiciar la captura de rentas e incentivar la redistribución de la riqueza y no la generación de la misma” (Kalmanovitz, 2003).

Atrás quedó la teoría que creía que el mercado surgía espontáneamente y funcionaba de acuerdo con sus propias reglas. Su desenvolvimiento depende de una infraestructura normativa que garantice el derecho de propiedad, permita a los tribunales y jueces contar con herramientas para hacer cumplir los contratos, garantice la certeza fáctica y jurídica del ejercicio de los derechos de contenido económico (Cuevas y Pérez, 2001) y facilite los procesos de intercambio a través de la determinación de reglas de juego claras (marco normativo), lo que permite una reducción de los costos de transacción, que serán elevados, si el entorno legal y de seguridad no es el adecuado.

Como indica Ayala Espino respecto a los tribunales y jueces, como intérpretes de la norma y encargados de su aplicación, estos deberán partir de un sistema normativo

i) independiente del poder político para garantizar los derechos individuales, destacadamente la propiedad y la eliminación de la predación estatal; y, ii) mantener un régimen contractual de libertad entre los contratantes. Este marco jurídico es el que permite la existencia de un ambiente económico predecible, en el cual los agentes puedan realizar sus cálculos económicos de inversión, ahorro y consumo (2001, p. 532).

### *Escuela de la Elección Pública o Public Choice*

Hacia el año 1957, James Buchanan y W. Nutter crearon el Thomas Jefferson Center for Studies in Political Economy, en Charlottesville, centro de investigación que constituye el punto de referencia necesario para todos los estudios que pretendan describir el origen de la Escuela en mención (Toboso, 1992). La pretensión principal de este centro de pensamiento, al tenor del mismo Buchanan, era crear “una comunidad de investigadores que deseaban preservar un orden social basado en la libertad individual” (1986a, p. 8). Pretensión que puede comprenderse al considerar los orígenes formativos que Buchanan había asimilado en la Escuela de Chicago, defensora del libre mercado y las libertades individuales. Sin embargo, por problemas derivados de la posición, para muchos conservadora en demasía, de la Escuela de Chicago, en la de Virginia el autor en mención experimentó dificultades que lo llevaron, en compañía de Tullock, a fundar el Committee on Non-Market Decision Making, precedente claro de la Public

Choice Society, que en 1966 vio favorecida la difusión de sus teorías gracias a la revista *Papers on Non-Market Decision Making*. No obstante, las dificultades los obligaron a abandonar la Escuela de Virginia en el año 1969, y fundar la Public Choice (revista y escuela).

Hasta ese entonces, los estudios de AED se habían caracterizado, en su gran mayoría, por analizar temas eminentemente privados, sin embargo, a partir de la década de 1970, y

como consecuencia de la tendencia de algunos economistas de aplicar reglas micro-económicas al estudio de la política, surge la corriente según la cual las elecciones que toman los diferentes agentes dentro de un mercado determinado son de carácter público en la medida en que al momento de seleccionar una alternativa determinada no solo se consideran a sí mismos sino que también se decide para otros, caso en el cual las implicaciones de la manera de decidir y los efectos de la decisión deben ser tomados en consideración (Safar, 2009, p. 179).

Se trata, en consecuencia, de una nueva visión en la que se hace posible la aplicación de la teoría económica a las opciones políticas y de gobierno, un enfoque de estudios de no mercado, de opciones extrapatrimoniales (Buchanan, 1986b).

Para el principal exponente de esta escuela, James Buchanan, es posible aplicar a las opciones políticas y gubernamentales las mismas consideraciones que se predicán de un individuo particular cuando toma decisiones. Las decisiones políticas “que son las realizadas por los estamentos del Estado encargados del manejo estatal, necesariamente generan costos a los particulares y a la sociedad en su conjunto. Asimismo, las decisiones políticas no le cuestan al Estado como tal, sino a todos los que se encuentran bajo el dominio de dicho Estado” (Guzmán, s. f., pp. 223-224).

Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando que la toma de dichas decisiones requiere del manejo de recursos públicos, resulta apropiado tener en cuenta que los ciudadanos podrían tener la posibilidad de recurrir a mecanismos que les permitan controlar y participar de las decisiones que toman los diversos actores públicos (Torres, 2016). Sobre todo porque, aunque las constituciones describan mecanismos de control y fiscalización entre los diversos órganos y ramas del poder público –principios de separación del poder y división del poder político– estos no siempre son suficientes pues los individuos encargados de tomar

las decisiones –por mandato constitucional al estar investidos de dicha competencia–, al igual que los particulares, están movidos por sus propios intereses –partiendo de la teoría de la racionalidad y maximización– y tomarán decisiones con la pretensión de obtener una mayor cuota de poder y mantener su posición a través de la garantía de una reelección. Atrás queda la teoría que plantea que el funcionario se comporta neutralmente y su motivación se encuentra constituida por la búsqueda de la satisfacción del bien general.

Es por ello por lo que el marco legal, y de manera especial la Constitución, debe consignar normas que permitan armonizar el interés personal del funcionario con el interés común, en esos términos será posible hablar de eficiencia social.

Sin embargo, esta Escuela no solo se ocupa del análisis de las motivaciones y el control a los funcionarios sino también a los ciudadanos que, en ejercicio de la democracia representativa y participativa, toman decisiones al elegir candidatos, revocar un mandato o apoyar alguna causa política. Para esta escuela, el paradigma del *homo economicus* y del *homo politicus* “descrito por la literatura tradicional de la ciencia política como un ser altruista y perseguidor incansable del interés público cuando actúa colectivamente, es visto simplemente como un individuo racional que toma decisiones (racionales) en el mercado político en su condición de representante, elector, burócrata, etc.” (García, 2009, p. 499). Es justamente esta consideración la que hace imperativo incorporar mecanismos de control ciudadano a las decisiones políticas que toman los funcionarios movidos por su propio interés pues, como señala Pinzón, “no existe razón para pensar, parafraseando a Buchanan, que el individuo que elige entre manzanas y naranjas no es el mismo que debe elegir entre dos candidatos en una contienda electoral” (2010, p. 123).

Esta expresión constituye uno de los supuestos de la Escuela en mención: el individualismo metodológico. Por lo anterior podrá considerarse que los ciudadanos, cuando concurren a ejercer su derecho al voto, lo harán considerando un proceso de negociación (*catalaxis*) en el que a partir de una promesa se obtiene un voto. Cada ciudadano tendrá un voto que usará –como en el mercado– para comprar una promesa que le ofrece un candidato.

En resumen, esta escuela se ocupa del análisis de situaciones de no mercado en las que se aborda el estudio del comportamiento de los sujetos que, en una sociedad política, participan en el proceso de toma de decisiones (a través de

normas o marcos regulatorios). Como se advirtió, el estudio que propone esta escuela pretende cambiar la dinámica tradicional del análisis de situaciones clásicas de mercado, al aplicar reglas de la microeconomía y la economía del bienestar al proceso de intercambio político. Como se mencionaba con antelación, no existe razón para, desde el punto de vista racional, no considerar que el individuo que toma parte de estos procesos tiene intereses personales que mueven su voluntad y condicionan el proceso de toma de decisiones colectivas. Así, el abordaje del estudio de los partidos y movimientos políticos, grupos de presión, aparatos burocráticos y la teoría económica de las constituciones (como normas originarias) constituyen objetos de estudio esenciales, puntos focales de esta última corriente.

## Referencias

- Abrillo Rodríguez, F. y Albert López-Ibor, R. (2011). El análisis económico del Derecho en la encrucijada. *Ekonomiaz*, 77 (2), 200-221.
- Adams, J. (1998 [1989]). Economía institucional y economía de la elección social: aspectos comunes y conflictos. *Cuadernos de Economía Institucional*, XVII (29), 249-265.
- Aguilar González, J. M. y Castro Sotos, C. (2006). Las normas jurídicas como incentivos. Unas breves notas sobre el Análisis Económico del Derecho. *Kinesis* (III).
- Arjona Trujillo, A. M. y Rubio Pardo, M. (2002). Análisis económico del Derecho. *Precedente*, 115-150.
- Ayala Espino, J. (2001). Instituciones para mejorar el desarrollo en México. *Revista venezolana de gerencia*, 6 (16), 527-552.
- Baurmann, M. (1998). *El mercado de la virtud. Moral y responsabilidad social en la sociedad liberal*. Barcelona: Gedisa.
- Becker, G. (1993). Nobel Lecture: The economic way of looking at behavior. *The Journal of Political Economy* (101), 385-409.
- Becker, G. (2002). Reflexiones sobre el futuro de la teoría económica en la enseñanza del Derecho. En A. Roemer, *Derecho y Economía: una revisión de la literatura* (pp. 579-586). México: Fondo de Cultura Económica.
- Bejarano, J. A. (1999). El análisis económico del Derecho: comentarios sobre textos básicos. *Revista de Economía Institucional* (155-167).
- Botero Restrepo, C. (2002). *El derecho antitrust o de la libre competencia en los Estados Unidos*. Medellín: Librería Seña Editora.
- Buchanan, J. (1986a). Political Economy: 1957-82. En J. Buchanan, *Liberty, Market, and State. Political Economy in the 1980's*. New York: New York University Press.

- Buchanan, J. (1986b). The Constitution of Economic Policy. En J. Buchanan, *Economics. Between Predictive Theory and Moral Philosophy*. Texas: Texas University Press.
- Buchanan, J. (2000). Buena Economía-Mal Derecho. En A. Roemer, *Derecho y economía: una revisión de la literatura* (pp. 123-132). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica.
- Bullard, A. (2015). Análisis económico del derecho. Entre el funcionalismo y la esquizofrenia jurídica. En J. L. Fabra Zamora y A. Núñez Baquero, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (vol. I, pp. 737-766). México: Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM.
- Calabresi, G. (2003). La decisión por accidentes: una aproximación a la asignación objetiva de costos. *Themis*, 235-253.
- Calabresi, G. (2013). Costos de transacción, adignación de recursos y reglas de responsabilidad. *Ius et veritas*, 36-47.
- Coase, R. (2000 [1960]). El problema del costo social. En A. Roemer, *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Coase, R. (2009 [1937]). La naturaleza de la empresa. En A. Roemer, *Derecho y Economía: una revisión de la literatura* (pp. 558-575). México: Fondo de Cultura Económica.
- Coderch, P. S. y Gómez, C. (2005). El derecho de daños y la minimización de costos por accidentes. *Indret Revista para el análisis del Derecho* (274). Recuperado de [http://www.indret.com/pdf/275\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/275_es.pdf)
- Cooter, R. y Ulen, T. (2002). *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cuevas, H. y Pérez Salazar, M. (2001). La economía política de la Constitución de 1991. *Revista Opera*, 1 (1), 249-262.
- D'Elia, V. V. (2009). El sujeto económico y la racionalidad en Adam Smith. *Revista de Economía institucional*, II (21), 37-43.
- de Querol Aragón, N. (2007). *Análisis económico del derecho. Teoría y aplicaciones*. Madrid: Instituto FIEC.
- Díez Estella, F. (2003). Los objetivos del derecho antitrust. *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* (224), 32-52.
- Domenech, G. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho. *Revista de Administración Pública* (195), 99-133.
- Durán y Lalaguna, P. (1992). *Una aproximación al Análisis Económico del Derecho*. Granada: Comares.
- Franco Vargas, M. H. (2013). *Derecho y economía. Una aproximación teórica*. Bogotá: Leyer.
- García García, J. F. (2009). El proceso legislativo sin romance: implicancias para el diseño constitucional chileno. *Revista Ius et Praxis*, 489-522.



•Análisis económico del derecho: principales antecedentes metodológicos•

- García Villegas, M. (2004). No solo de mercado vive la democracia. El fenómeno del (in)cumplimiento del Derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia. *Revista de Economía Institucional*, 6 (10), 95-134.
- Gherzi, C. (1996). El ser humano y la dañosidad como inevitable contingencia social. En C. Gherzi, *Responsabilidad. Problemática moderna* (pp. 39-94). Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo.
- Guzmán Napuri, C. (s. f.). Una aproximación a la teoría del *public choice* y sus implicancias en los mecanismos de control estatal, 223-243.
- Holmes, O. W. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, 10.
- Hurtado, J. y Mesa, S. (2010). Sobre “el sujeto económico y la racionalidad en Adam Smith”: confusiones y lugares comunes. *Revista de Economía Institucional*, 12 (22), 277-286.
- Kalmanovitz, S. (1997). *Las instituciones, la ley y el desarrollo económico*. Serie Borradores de Economía, 69. Bogotá: Banco de la República.
- Kalmanovitz, S. (2003). El neoinstitucionalismo como escuela. *Revista de economía institucional*, 5 (9), 189-212.
- Lindarte Middleton, E. (2015). ¿Hacia una verdadera economía política de las instituciones? *Revista de Economía institucional*, 17 (33), 385-401.
- Lozano Rodríguez, E. (2016). Hacia un nuevo enfoque del análisis económico del derecho. En E. Lozano Rodríguez, *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano* (pp. 5-64). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Mercurio, N. y Medema, S. (1997). *Economics and the law*. Princeton University Press.
- North, D. (1992). Institutions, ideology and economic performance. *Cato Journal*, 11 (3), 477-488.
- North, D. (1995 [1990]). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Núñez, A. J. (2000). Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley. En AA.VV., *Colección de derecho económico. Homenaje a Enrique Law Murtra*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Palacios Mejía, H. (1999). *La economía en el derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Derecho vigente.
- Parisi, F. (2015). Escuelas positivas, normativas y funcionales en el Análisis Económico del Derecho. *Ius et veritas*, 16-29.
- Parra, J. F. (2005). Liberalismo: nuevo institucionalismo y cambio político. *Política y cultura* (24), 31-61.
- Perloff, J. (2004). *Microeconomía*. Madrid: Pearson Addison Wesley.
- Persky, J. (1995). Retrospectives the ethology of *homo economicus*. *The Journal of Economic Perspectives*, 9 (2), 221-231.

- Pindyck, R. y Rubinfeld, D. (2001). *Microeconomía*. Madrid: Pearson Educación.
- Pinzón Camargo, M. (2010). *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado .
- Polanyi, K. (2013). Nuestra obsoleta mentalidad de mercado. En Escolar y Mayo (eds.), *La esencia del fascismo seguido de nuestra obsoleta mentalidad de mercado* (pp. 83-104). Madrid: Escolar y Mayo editores.
- Posner, R. A. (2000). *El análisis económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rubio, M. (2007). *Derecho y economía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Safar Díaz, M. S. (2009). Análisis económico del derecho constitucional: aplicación de la teoría económica bajo la escuela de la elección pública. *Revista Derecho del Estado*, 175-190.
- Samuelson, P. y Nordhaus, W. (2002). *Economía*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España.
- Sánchez Torres, C. (2007). *Constitución económica*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Simon, H. (1955). A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, 69 (1), 99-118.
- Simon, H. (1986). De la racionalidad sustantiva a la procesal. En F. Hahn y M. Hollis, *Filosofía y teoría económica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Stiglitz, J. (2000). *La economía del sector público*. Barcelona: Antoni Bosch.
- Toboso, F. (1992). Notas para el estudio de la elección pública. Origen y evolución del programa de investigación de la Escuela de la Public Choice. *Revista de Estudios Políticos* (77), 321-332.
- Torres Ávila, J. (2012). *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*. Bogotá: Ediciones USTA.
- Torres Ávila, J. (2016). *La transparencia y el buen gobierno. Una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales*. Bogotá: Universidad Católica.
- Torres Corredor, H. (2002). *La Corte Constitucional. Entre la economía y el derecho* (U. d.-C. Márquez, ed.) Armenia: Centro de Publicaciones Universidad del Quindío.
- Torres López, J. (1987). *Análisis económico del Derecho. Panorama doctrinal*. Madrid: Tecnos.
- Uprimny, R. (2001). Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. *Precedente*, 36-68.
- Williamson, O. (2000). Economic institutions and development: A view from the bottom. En S. Kahkonen y M. Olson (eds.), *A Not-So-Dismal Science: Development and the Political Economy of Institutions*. Oxford: Oxford University Press.

# APUNTES METODOLÓGICOS PARA LA COMPRENSIÓN Y EL ESTUDIO DEL DERECHO PRIVADO

Juan Carlos Jiménez Triana\*

## Planteamiento

Dentro de las diversas formas de aproximación a las prácticas jurídicas del derecho privado dos son las que se pretenden abordar en este capítulo, con el ánimo de revisar su alcance y la forma en que estas colaboran para dilucidar aspectos que son objeto de constantes preguntas por parte de los juristas. Las visiones a las que se hace alusión son el instrumentalismo jurídico y el formalismo jurídico.

Aunque el debate se ha dado en el marco del derecho privado, no deja de ser cierto que pueden encontrarse semejanzas en la forma en que se estudian otras regulaciones del derecho. Frente a esto, dos son las propuestas del presente escrito. En primer lugar, establecer que tanto el instrumentalismo como el formalismo son propuestas metodológicamente poderosas para estudiar el derecho privado si se conoce cuál es su alcance y, en segundo lugar, defender la tesis del profesor

---

\* Abogado titulado con honores, Universidad Católica de Colombia; magíster en Derecho de Daños con especialidad en Fundamentos para el Análisis del Derecho Privado, Universidad de Girona; especialista en Derecho de los Negocios y Derecho Procesal Civil, Universidad Externado de Colombia. Investigador del grupo de investigación Phronesis, Universidad Católica de Colombia. Abogado litigante y docente en pregrado y posgrado, Universidad Católica de Colombia, Bogotá (Colombia). [jjjimenez triana@ucatolica.edu.co](mailto:jjjimenez triana@ucatolica.edu.co)

Papayannis en el sentido en que estas propuestas no son rivales ni excluyentes, sino que responden a preguntas de investigación totalmente diferentes.

### **Forma y sustancia en la aproximación a las prácticas jurídicas**

Aproximarse a las prácticas jurídicas puede realizarse de formas tan variadas que no resulta del todo posible intentar un decálogo acerca de este asunto. No obstante, es cierto que podrían delinearse las formas en las que los juristas emprenden el estudio del derecho privado.

Así las cosas, puede encontrarse que existen una serie de niveles que delimitan la perspectiva con la que se pretende abordar la investigación. Denominaremos niveles de investigación a la posición relativa de un discurso teórico con respecto a una práctica jurídica, asumiendo compromisos teóricos acerca del propósito de investigar<sup>13</sup>.

El objeto de estudio del derecho privado son sus prácticas jurídicas que están referidas en su forma de regulación. Al primer nivel de investigación de esta forma de regulación le corresponde una pretensión descriptiva y explicativa de la manera en que se desarrollan estas prácticas, identificando cómo se organiza el fenómeno por medio de la definición de reglas legales y la búsqueda de principios subyacentes.

En este punto se encuentra la forma en que los jueces resuelven los casos. Para tal empresa se preocupan por establecer la forma del razonamiento en torno a los casos, las razones que definen algunas prácticas jurídicas. De esta manera, los estudiosos del derecho incorporan este conocimiento mediante la organización de los asuntos del derecho privado que buscan resolver preguntas prácticas.

Es válido señalar que el jurista indaga sobre los aspectos prácticos del derecho privado, estableciendo por medio de la regulación del derecho positivo y los principios que la conforman la estructura conceptual. La forma en que los operadores legales revisan los acontecimientos del mundo y de qué manera deben ser resueltos por el derecho. Esta forma del conocimiento del derecho privado es la que denominamos primer nivel.

.....  
13 En este punto se llama la atención frente a la clasificación que se proporciona en este capítulo, en el sentido de que atiende a una forma de aproximación del fenómeno jurídico por medio de los métodos de estudio como el primer nivel, y la reflexión acerca de la actitud frente a estos métodos y el cuestionamiento de sus procedimientos corresponde al segundo nivel de investigación del derecho privado (Coleman, 2010, p. 30).

En el segundo nivel se realiza una revisión acerca de los conceptos y los procedimientos empleados para el conocimiento del derecho. Aquí la actitud en la investigación cambia de plano. El jurista busca encontrar el *sentido* de las prácticas del derecho privado. La preocupación se encuentra en establecer estrategias para la *comprensión o la justificación* del derecho privado.

De esta manera, se trata de *explicar* cómo las prácticas jurídicas del derecho privado están normativamente implicadas con ciertos principios, y cómo estos últimos se implementan en la práctica.

Es decir, se preocupa por comprender qué teoría soporta o fundamenta la estructura de la práctica tal como se encuentra implementada, y de qué manera esta se armoniza en la idea que tenemos del derecho privado.

El teórico busca encontrar las normas inherentes a la práctica jurídica y desde allí preguntarse “¿cómo podremos llevar adelante esta práctica de un modo fiel a sus normas inherentes?”<sup>14</sup>

Aquí al teórico no le es suficiente establecer cuáles son las normas inherentes a la práctica, sino además encontrar cuáles son las razones sustantivas por las que los participantes siguen esas reglas.

Existen diversas empresas dedicadas a encontrar la racionalidad de las prácticas del derecho privado. Un ejemplo de estas puede ser el análisis económico del derecho que tiene como estrategia abordar el fenómeno jurídico desde diversas hipótesis de trabajo que permiten reconocer la racionalidad económica de las prácticas<sup>15</sup>.

Dicho todo esto respecto a los niveles que han sido anotados, se propone a continuación la forma en que se revisan en este escrito. El primer nivel está compuesto por las siguientes formas: i) la descripción y sistematización de los conceptos de la práctica jurídica objeto de estudio; ii) la valoración de la práctica frente a un marco de referencia. En lo que respecta al segundo nivel: iii) el formalismo jurídico del derecho privado; iv) el instrumentalismo jurídico del derecho privado.

Por lo anterior, según el propósito de la investigación podrá variar la estrategia y la actitud del jurista frente a la práctica jurídica. Diremos que una práctica

.....  
14 Gauthier, en Coleman (2010, p. 30).

15 Acerca del Análisis Económico del Derecho, la presente obra dedica un capítulo completo a sus antecedentes metodológicos.

jurídica es aquella forma de regulación de una determinada área del derecho que puede ser comprendida desde sus aspectos sustantivos. En ese sentido, una de las preguntas que puede tener un teórico del derecho privado puede ser, por ejemplo, la formulada por Weinrib (2012, p. 42): ¿qué es el derecho privado? o ¿cómo distinguir el derecho privado de las demás áreas del derecho?

En ese sentido, el concepto de práctica jurídica supone una forma de regulación en la que interactúan los agentes involucrados conforme a los estándares definidos que prescriben el comportamiento. En ese sentido, una manera plausible de asumir al derecho privado es verlo como una forma de regulación del derecho positivo, tal como lo precisa Papayannis (2014, p. 19).

### *Los propósitos de investigar el derecho privado*

Las reglas que gobiernan las interacciones privadas pueden ser observadas desde diversas perspectivas. Como se dejó anotado, a estas perspectivas se les conoce como propósitos de investigación, es decir responden a la pregunta ¿qué es aquello que el jurista del derecho privado pretende realizar con su aproximación?

El *aquello* corresponde a la formación de un discurso sobre la práctica. Para precisar mejor esta idea pretendemos revisar cada una de las empresas investigativas del derecho privado, tal como se hizo mención.

### La descripción y sistematización de los conceptos operativos de la práctica jurídica del derecho privado

En lo que respecta a esta forma de estudio del derecho privado, el teórico emprende una revisión acerca de las prácticas jurídicas pero comprendiendo las mismas desde un punto de vista eminentemente conceptual. Para tal empresa, se toma una actitud de tipo descriptivo acerca de la regulación vigente.

Un ejemplo de esto es el caso de Hattenhauer (1982, p. 13) cuando se pregunta acerca del objeto derecho civil y refiere que la forma acertada de llegar a una aproximación resulta de la exposición de los conceptos superiores que dimanen de todos los enunciados contenidos en el derecho civil. Tales conceptos son: 1) la persona, 2) la cosa, 3) el negocio jurídico.

La interacción de los conceptos del derecho civil son articulaciones que carecen de sentido si no son integradas de forma que permitan apreciar su operatividad

en la práctica jurídica. Esto significa que el teórico no se limita a revisar el concepto en cuanto a la forma en que esté manifiesto en alguna disposición legal, sino que asume una visión integradora.

En el clásico libro llamado *Tú-Tú*, el profesor Ross (1957) emprendió una forma de estudio del concepto *derecho subjetivo*. En este texto se sostiene que los conceptos del derecho en sí mismo carecen de contenidos que permitan apreciar su *sustantividad*. Para ello se requiere articular las condiciones designadas por la regla y las consecuencias que atribuye la regla ante tal circunstancia.

El jurista aquí encuentra que el sentido de los conceptos coincide con la relación de los hechos designados como condiciones de atribución de una condición jurídica, y que ante la existencia de tal condición aparece un abanico de consecuencias de orden legal que se imputan al sujeto, precisamente por su condición.

La propiedad, en términos legales, no es un concepto que pueda definirse sin considerar qué hecho da lugar a ese estatus legal y qué consecuencias deriva. Ross (1957, p. 28) se refiere a esto como las formas de adquirir la propiedad y las consecuencias de ser propietario, de manera que se trata de un término de enlace, uno especial que hace operativo el ejercicio del derecho de propiedad.

En una forma similar Hattenhauer (1987, p. 77), al referirse al negocio jurídico, coincide con el argumento de que este tipo de conceptos carece de sentido en sí mismo, pues es en realidad un medio para un fin que relaciona a las personas entre sí y con las cosas.

En línea con ello, los hermanos Mazeaud (1969, p. 64) refieren que las relaciones jurídico-negociales derivadas del contrato son relaciones entre personas que dan lugar a la exigencia de actos o bienes comprometidos en el acuerdo, y su comprensión es imposible sin considerar la forma en que el mismo es creado y las consecuencias para las partes.

En suma, toda comprensión del derecho privado desde esta perspectiva es asumida como una forma sistemática que busca la organización de la práctica mediante la descripción de cómo los conceptos relacionan hechos y, a su vez, consecuencias de orden legal. Asimismo, cómo los conceptos se relacionan entre sí y crean un complejo sistema de inferencias prácticas que permite dilucidar soluciones de orden similar a los casos objeto de regulación.

Un jurista del derecho privado podría estar dispuesto aceptar que esta práctica jurídica es un entramado policromo de relaciones jurídicas de diversa naturaleza,

duración y obligatoriedad, que pueden atender a distintas razones en cuanto a su nacimiento y diferente valor al que el jurista en suma reconoce como el derecho privado (Hattenhauer, 1969).

En este punto, el teórico se formula la pregunta: ¿cuál es el sentido articulador del derecho privado, aquel que permite la interacción entre los conceptos legales? Esta cuestión se aborda en el apartado sobre el formalismo jurídico del presente capítulo.

#### La valoración de la práctica frente a un marco de referencia

En este apartado se revisa la forma en la que el teórico avanza su estudio desde el derecho privado, pero esta vez no se busca sistematizar la práctica legal sino establecer un marco de referencia bajo la postulación de principios, objetivos o funciones, y cómo la práctica jurídica permite alcanzar estos aspectos.

Es común escuchar cómo los teóricos del derecho privado, al revisar las prácticas jurídicas, asumen compromisos con respecto a algún valor o principio. Así por ejemplo, cuando se revisa el derecho de daños se sostiene que esta forma especial de regulación tiene como propósito la reparación de todas las pérdidas causadas injustamente a la víctima. Esta concepción corresponde a que el derecho de daños tiene como propósito la implementación del principio de la reparación integral.

A modo de ilustración, para Velásquez (2013, p. 376), “la reparación integral es un principio de la reparación del daño que debe ser entendido como algo que se debe buscar, de modo que el juez debe procurar alcanzarlo en la medida de lo posible”.

En línea con lo expuesto, Encarna Roca sostiene que “el principio elemental que preside la regulación de la responsabilidad extracontractual es el de que la víctima de un daño debe quedar indemne de las consecuencias que este produce. Por tanto, de la producción del perjuicio nace una obligación jurídica de indemnizar” (2000, p. 171).

Aquí el jurista busca identificar cuáles son los principios básicos del derecho privado (Gordley, p. 2006). Para tal tarea se trata de identificar, por medio de la observación, las formas legales de las prácticas del derecho civil y cómo las



mismas se encuentran inspiradas en fundamentos de tipo social o moral e incluso económico.

Para tal fin, se debe evidenciar el marco de referencia que subsiste como forma de establecer el parámetro de evaluación de las prácticas jurídicas. En ese sentido, sostendremos que la evaluación del derecho privado es la comparación jurídica entre referentes como actividad cognitiva.

La comparación o actividad comparativa parte de definir parámetros que permitan equiparar objetos con rasgos similares pero que en su composición puedan presentar diferencias. Aquí es donde radica la riqueza de esta aproximación.

En efecto, la comparación juega con la posibilidad de identificar elementos, o la ausencia de estos, frente a otro objeto. Aquí por ejemplo, los juristas que observan ordenamientos legales diferentes a su formación pueden procurar una mejor percepción frente al jurista doméstico. Ciertamente, aquello que parece una regulación obvia y razonable puede ser discutido a la luz de las otras formas de regulación.

A esta forma se le conoce como derecho comparado, que es una actividad de comparación de normas de un orden jurídico. Estas formas de comparación pueden ser de sistemas contemporáneos (comparación sincrónica) o alejados en el tiempo (comparación diacrónica) (Gianmaria, 2010, p. 20).

Ahora bien, el jurista se convierte en un comparatista que busca, por medio de la observación del marco de referencia dispuesto por los sistemas legales, revisar un modo de representar el fenómeno jurídico. Es importante aclarar que por sistema jurídico no debe entenderse un referente de normas cerrado como ocurre en el derecho internacional privado, sino, por el contrario, se abre a la revisión de datos o eventos históricos.

Esta revisión radica en la observación de hechos, es decir, los eventos que acaecen en el mundo como aspectos susceptibles de ser analizados y valorados. Dicho esto, la conocida tesis de Trento sostiene que la comparación jurídica es una exploración para el mejor conocimiento del derecho:

La función de la comparación jurídica, sin la cual esta no sería ciencia, es la adquisición del mejor conocimiento del derecho, del mismo modo que, en general, la función de todas las ciencias comparatistas es la adquisición de los datos pertenecientes al área a la que se refieren. La ulterior búsqueda y promoción del mejor modelo legal

o interpretativo son resultados de la comparación de gran importancia, pero su ausencia no lo priva del carácter de ciencia (Gianmaria, 2010, p. 21).

La actitud del jurista aquí no se circunscribe a solo eventos contemporáneos, sino también a la revisión de datos históricos o de tiempos distintos al objeto que se toma como referencia.

Así las cosas, el jurista del derecho privado reconoce que existe una alta diversidad en el derecho, y su labor comprende el capturar esas diferencias. Así, uno de los hallazgos que podrá encontrar será el establecimiento de los principios que informan la práctica jurídica bajo estudio.

Para esto, la investigación puede ser de diversos tipos. Uno de ellos son las consideraciones de carácter histórico acerca del origen de las prácticas legales en búsqueda del sentido *original*. Para ello se puede basar en la recopilación cronológica de la percepción de la figura y encontrar cómo el fenómeno ha sido recibido por los órdenes legales y las diversas teorías, y allí ver cómo paulatinamente se ha implementado en las regulaciones domésticas de cada país.

En esta investigación del derecho privado se sigue la idea de rastrear en las diversas formas como las prácticas han evolucionado frente a los tópicos o las reglas legales constantes en las tradiciones jurídicas (Gordley, 2006, p. 7).

Un ejemplo de esta forma de proceder son las investigaciones tendientes a encontrar los juristas de la Edad Media pioneros en realizar una síntesis y análisis estructural del derecho romano, frente a lo que tendrían que revisarse los trabajos de Domingo de Soto, Luis de Molina y Leonard Lessius. De los trabajos de estos autores encontraría camino en el siglo XVII la conocida escuela del derecho natural, notablemente precedida por Hugo Grocio y Samuel Pufendorf.

De esta manera, el resultado comparativo de las diversas formas posibles, bien sea entre sistemas jurídicos, tradiciones legales o momentos históricos trae aparejado que, al final, el jurista debe valorar la práctica jurídica. A esto último se le conoce como la valoración crítica que supone un escalonamiento racional del discurso que se ha creado sobre la práctica jurídica.

El resultado de este estudio lleva al jurista a asumir una posición frente al principio reconocible, por lo cual consideramos oportuno formular la siguiente pregunta: ¿de qué manera la práctica legal se ordena para la realización del principio que informa y dota de sentido la interacción de los individuos? Para dar respuesta a esta pregunta y la enunciada en el apartado “La descripción y

sistematización de los conceptos operativos de la práctica jurídica del derecho privado” del presente capítulo, en seguida se revisan las propuestas teóricas que son candidatas a presentar un método para alcanzar una respuesta.

### **El formalismo y el instrumentalismo jurídicos como formas de segundo nivel para la comprensión del derecho privado**

En el apartado anterior el jurista del derecho hace un tránsito de la experiencia práctica a la forma en que se encuentra regulada en el derecho privado. Asimismo, revisa la postulación de un marco de referencia que permita apreciar de una mejor manera los elementos que configuran esa práctica y la forma en que los mismos se articulan con sus orígenes o los contrastes con otras formas regulación comparables, a esto lo denominamos el primer nivel de la investigación.

Ahora el jurista se encuentra enfrentado a varios retos si su pretensión de comprensión no ha sido satisfecha con las aproximaciones sistemáticas y comparativas que quedaron enunciadas. Los retos a los que se hace alusión son básicamente preguntas de carácter trascendental del tipo: ¿cómo entendemos el derecho privado? ¿Cuál es el principio último que fundamenta todo el aparato conceptual del derecho privado? ¿Cómo se ordena el derecho privado para cumplir el principio o propósito para el que fue concebido? Entre otras.

Para resolver las preguntas anotadas podría precisarse que existen dos aproximaciones teóricas al derecho privado, teniendo en cuenta la amplitud de las diversas formas de regulación de este.

En primer lugar está el instrumentalismo, que hace referencia a “cualquier explicación que sostiene que la justificación de la práctica depende de su capacidad de alcanzar o implementar ciertas metas. En toda explicación instrumentalista del derecho, las ambiciones o los fines sustantivos del derecho de daños dan forma a la estructura de la institución jurídica y determinan su contenido” (Coleman, 2010, p. 208).

Por otra parte, el formalismo precedido notablemente por Weinrib da continuidad a la idea según la cual la responsabilidad civil extracontractual conserva elementos desarrollados desde la práctica, sin los cuales perdería su identidad (Weinrib, 2012, p. 2). Por ello, existe una coherencia interna que permite identificar al derecho de daños por lo que es y no por los propósitos externos que puedan

llegar a adjudicarse. Así, esta base interna es la que permite definirla como la institución jurídica que es (p. 11).

Dicho esto, las visiones antagónicas en el derecho privado corresponden a dos puntos de vista sobre el mismo objeto. La externa como un estudio del derecho privado basado en la forma en que cumple ciertos objetivos. La visión interna es aquella propuesta que busca delinear el sentido inherente de la práctica desde sus rasgos, elementos y coherencia que, vistos de forma conjunta, representan la genuina identidad de la práctica (Weinrib, 2012, p. 6).

Pretendemos entonces mostrar la forma en la que puede resultar revelador revisar las prácticas del derecho privado a la luz de estas propuestas teóricas, de lo cual se esboza el camino metodológico de cada una de ellas.

### *El formalismo de Ernest Weinrib y el internismo del derecho privado*

Lo primero que debe anotarse de esta forma de aproximación al derecho privado es que es una respuesta a los enfoques que ven en esta regulación alguna clase de instrumento para alcanzar un fin. De esta manera, la evaluación se realiza frente a los elementos que le constituyen y luego valorando la forma en que esta estructura permite alcanzar estos objetivos.

El formalismo de Weinrib es una propuesta que busca reivindicar el estudio del derecho privado, considerando que el fin de este no es otro distinto que el de ser el derecho privado.

Comprender al derecho privado desde dentro es la idea que persigue esta forma especial de estudio. El método del formalista es la búsqueda de los elementos formales de carácter, clase y unidad que permiten apreciar las prácticas jurídicas como un todo coherente y organizado.

Para llegar a este resultado, el formalista emprende un reconocimiento de los rasgos centrales de la práctica del derecho privado. De esta manera revela que existen aspectos comunes que pueden ser equiparables y relacionales. Para ello, la estrategia aquí es empírica pues busca en la experiencia del jurista aquello que se circunscribe al área de trabajo.

El derecho privado, desde la perspectiva interna, tiene una inteligibilidad intrínseca. Esta afirmación trae consigo que pensar la práctica es posible si se realiza solo en sus propios términos. Una explicación interna se ocupa del derecho

privado sobre la base de sus propios entendimientos jurídicos que le dan *forma*. Los juristas, al realizar sus observaciones, comparten esos rasgos institucionales y conceptuales de la práctica y, sobre esta base, se realizan los razonamientos acerca de la forma en que se desarrolla en el orden jurídico.

Con ello, según Perry (2001, p. 314), esta forma de aproximación al derecho busca reivindicar una teoría interna que no ignore la conceptualización realizada por sus participantes<sup>16</sup>. De esta manera, el análisis conceptual hace explícita la intuición de los participantes acerca de aquello que le resulta familiar y permite su organización.

Dicho esto, el formalismo jurídico juega el papel rector en la forma en la que debe comprenderse el derecho privado. Bajo esta idea, los siguientes son los postulados de esta forma de estudio<sup>17</sup>:

1. En primer lugar, el formalismo jurídico lleva a la comprensión interna del derecho privado al establecer las ideas de carácter, clase y unidad.
2. Frente al carácter se puede decir que son los rasgos prominentes de la práctica jurídica.
3. Frente a la idea de clase, permite al jurista distinguir al derecho privado de cualquier otra clase de fenómeno jurídico.
4. Finalmente, en lo que respecta a la unidad, corresponde a la coherencia interna del derecho privado como orden jurídico.

El formalismo de Weinrib (2012, p. 23) reivindica la distinción entre la política y el derecho. De esta manera, los juicios que se realicen acerca de las prácticas jurídicas tienden a ser objetivos al evitar considerar elementos sustantivos de las disposiciones legales. La revisión del derecho se precisa en las formas y no en su contenido.

La forma como principio de comprensión permite evidenciar del objeto de estudio su carácter, clase y unidad. Ciertamente, al permitirse el ejercicio de revisar un objeto, se puede encontrar que este siempre tiene una posibilidad de ser en *su forma*. Esto quiere decir que no existen elementos sin forma, sino que, más bien, todo elemento siempre tiene una forma.

.....  
<sup>16</sup> Podría pensarse en esta expresión en el punto de vista interno al que hizo alusión H. L. A. Hart (1994, p. 90).

<sup>17</sup> Weinrib (2012, p. 22) hace una exposición del formalismo jurídico que tendrá la promesa de reivindicar la coherencia interior del derecho. De esta manera, presenta todo un aparato de estudio que permite apreciar el derecho en su etapa más genuina.

Al afirmar que todo objeto tiene una forma, se dice que precisamente de esta condición es que pueden evidenciarse sus características o rasgos prominentes. En segundo lugar, la clase tiene que ver con establecer la comunidad de esos rasgos con otros objetos y decidir si hacen parte de la misma clase. Y, finalmente, la unidad de los elementos, donde todo el conjunto de sus aspectos conectados de forma racional permite hacer inteligible el objeto.

Esta forma de inteligibilidad formal (carácter, clase y unidad) es aplicable a las relaciones jurídicas. Así, al revisar un caso se puede encontrar que existe una forma de relación tal que, dados sus rasgos, pueda identificarse como una reclamación por daños. Esto trae consigo la posibilidad de distinguir esta forma de relación de las demás y luego asumir que dados todos los aspectos que implica una reclamación en este sentido puede ser comprendida como un todo.

La unidad de una relación jurídica reside en su coherencia, tal como lo sostiene Wenrib (2012, p. 28), pues la inteligibilidad supone la existencia de un principio integrador o unificador que permea la relación entera y hace de la unidad normativa un fenómeno jurídico coherente.

Conforme a estas ideas, las críticas de Weinrib (2012, p. 6) sobre la visión instrumentalista y que pretende reivindicarse con su propuesta de estudio del derecho privado pueden resumirse de la siguiente manera:

1. El estudio del derecho privado es una forma parasitaria desde otras disciplinas como la economía, la sociología o la teoría política, entre otras, que solo aportan conclusiones no jurídicas.
2. Derecho y política se encuentran mezclados y resulta altamente complejo revisar prácticas jurídicas de manera objetiva.
3. El conceptualismo del derecho privado debe ser tomado como un estudio autónomo de otras disciplinas.
4. El derecho privado no se distingue del derecho público, bajo la premisa de que todo derecho es público.

En suma, el formalismo jurídico es una propuesta metodológica que apunta al estudio del derecho privado desde el interior. De esta manera, se resigna a revisar objetivos o propósitos externos, adecuándose a revisar la forma en que se desarrolla el derecho privado, y pretende hacer inteligibles sus razones normativas por medio de la forma en que se encuentra organizado.

Aquí las razones normativas corresponden a la justificación de la relación jurídica. Así por ejemplo, se puede indagar por las razones por las que una persona debe compensar a otra después de haberle ocasionado un daño. Para tal empresa debe seguirse a revisar todos los aspectos de la práctica y encontrar el principio unificador, que para Weinrib (2012, p. 56), en el caso de la reparación de daños será la *justicia correctiva*.

Es así como encontramos que la propuesta del formalismo jurídico del derecho privado apuesta a una especie de internismo de la práctica jurídica. De manera que según Wallace (2006, p. 14) las razones del objeto, en este caso el derecho privado, se encuentran precisamente en aprender del mismo, como un objeto que se autocomprende.

### **El instrumentalismo jurídico y las visiones externas del derecho privado**

El instrumentalismo como forma de estudio del derecho privado ve a esta forma de regulación como un instrumento que permite alcanzar ciertos fines socialmente deseables o propósitos que serían convencionalmente aceptados. De esta manera, esta aproximación tiene ciertas ventajas.

En primer lugar, permite realizar evaluaciones o valoraciones acerca de la forma en que esa práctica jurídica coincide con el propósito para el que fue dispuesta. En segundo lugar, permite analizar los elementos de la práctica a la luz de ese objetivo, estableciendo la mejor versión del derecho como forma de solución y compromiso con alguna meta.

El instrumentalismo goza de cierta amplitud metodológica en el entendido de que permite emplear formas de estudio de otras disciplinas y llevarlas a la experiencia jurídica. Así por ejemplo, si se pretende considerar que el objetivo del derecho de los contratos o el derecho de daños es la eficiencia, se emplearía una explicación económica sobre las razones por las cuales estas formas de ordenación de la vida social son implementaciones eficientes de esquemas cooperativos en el caso de los contratos y las estrategias de reducción de costes por los accidentes.

Es importante llamar la atención aquí sobre la naturaleza de los objetivos, propósitos o principios que persiguen las prácticas del derecho privado. Puede decirse que son de diversas formas y contenido. Además, que su apreciación varía

de acuerdo con la forma en que se estudie la relación teleológica de la práctica con el fin que esta busca.

No existe una lista exhaustiva de cuáles son esos objetivos. De hecho, aquí radica una de las críticas del formalismo: ¿cuál es el propósito del derecho privado? ¿Cómo estar seguros de que ese propósito es genuino y no se debe a alguna convención política o ideológica? No obstante, la posibilidad explicativa acerca de estos o cualquier objetivo trae consigo información que permite apreciar mejor la práctica jurídica.

Nos proponemos mostrar, a manera de ilustración, la implementación instrumentalista del análisis económico del derecho de daños, como una parte específica del derecho privado.

### **Los objetivos del derecho de daños desde el análisis económico del derecho<sup>18</sup>**

El análisis económico ve al derecho como un conjunto coherente y racional de reglas que se justifica en el principio de eficiencia (Polinsky, 2011, pp. 34 y ss.). En ese sentido, se trata de una aproximación alternativa a la visión dogmática del derecho (Papayannis, 2009, p. 19) y, en especial, en lo que concierne al derecho de daños.

Han sido varios los autores que han llevado al análisis económico del derecho a ocupar un importante papel en la academia angloamericana, pero sin duda alguna, el artículo de Ronald Coase, “The problem of social cost” es el que mayor impacto ha tenido<sup>19</sup>. En este trabajo, Coase plantea que el problema de la responsabilidad extracontractual reside siempre en la reciprocidad de la asignación de las externalidades. Luego, la mera existencia de un daño no es una razón suficiente para limitar, mediante una regla de responsabilidad, la actividad de un determinado agente, pues esta intervención debe estar justificada sobre la base de

18 Hay diversos tipos de estudios en torno a los objetivos del derecho de daños. Mientras que Calabresi, por ejemplo, realiza un estudio normativo, otros autores como Landes y Posner defienden tesis descriptivas. Véase Posner y Landes (2012, p. 123). En este apartado me concentraré principalmente en las tesis de Calabresi.

19 En efecto, es uno de los textos más citados en las revistas especializadas de derecho. Véase Shapiro (1985, p. 759).



que la imposición de responsabilidad contribuya o no a lograr un uso socialmente eficiente de los recursos<sup>20</sup>.

Por otra parte, “Some thoughts on risk distribution and the law of torts” (Calabresi, 1961) y “The costs of accidents. A legal and economic analysis” (Calabresi, 1984), son también dos escritos fundamentales del análisis económico del derecho de daños y quizá los más representativos. Ciertamente, estos trabajos exponen un modelo de gestión de daños mediante la elaboración de un sistema eficiente, proponiendo puntualmente los objetivos que deben seguirse y la forma adecuada para alcanzarlos.

En ese sentido, Calabresi (1984, p. 19) sostiene que los fines que debe perseguir la responsabilidad civil son la realización de la justicia, en primer lugar, y la reducción de los costes de los accidentes, en segundo. Respecto a este último, el citado autor ocupa gran parte de su exposición en la descripción de los tres subobjetivos que identifica en relación con la reducción de los costes de los accidentes<sup>21</sup> y los métodos que deben seguirse para alcanzarlos.

Sobre la justicia no es mucho lo que se debe anotar desde la teoría de Calabresi. Definitivamente, no existe un desarrollo teórico profundo sobre el papel de la justicia y el objetivo de la reducción de los costes de los accidentes y de las medidas necesarias para evitarlos. Incluso, el mismo Calabresi (1984, p. 38) señala que decidió dejar el espinoso tema de la justicia fuera de su trabajo. Sin embargo, a pesar de la dificultad de su análisis, es anunciada como uno de los objetivos de la responsabilidad civil, lo cual no puede ser obviado.

20 Papayannis (2009, p. 79) sostiene que la teoría de Coase es una ruptura con la forma en que los juristas y economistas analizan el asunto de la gestión de los daños mediante las reglas de la responsabilidad extracontractual. Ciertamente, la posición tradicional pensaba que la forma adecuada de gestionar estos problemas estaba en la internalización de las pérdidas que una actividad podía llegar a causar, aunque para Coase esto no es necesariamente así. No siempre son necesarias las reglas que imponen responsabilidad por los daños que se causen, puesto que en ciertos casos los propios agentes podrían celebrar un acuerdo a fin de alcanzar un resultado eficiente. Al final, limitar al productor mediante reglas de responsabilidad extracontractual puede llegar a ser inconveniente si resulta *socialmente ineficiente*. Para una explicación sobre la teoría de Coase, véase Papayannis (2009, pp. 79-103).

21 Los subobjetivos son: i) la reducción de los costes primarios, siendo estos la sumatoria de los daños totales, la cantidad y la gravedad, más las medidas de precaución usadas para evitar accidentes; ii) la reducción de los costes secundarios o sociales, que guardan relación con la dispersión del daño y el mérito de evitar que los menos favorecidos o quienes tengan menos recursos asuman de manera directa los costes generados por los daños; iii) la reducción de los costes terciarios, que trata de buscar la forma más eficiente y realizable en los medios de administración de la gestión de los accidentes, como es el caso de los costes de los procesos judiciales. Véase Calabresi (1984, pp. 48 y ss.); para un análisis sobre estos subobjetivos, véase Papayannis (2009, pp. 108-132).

Lo justo o injusto en lo que en términos generales propone Calabresi (1984, p. 43) depende en gran medida de la valoración que se haga en un contexto específico y no como algo genérico. Asimismo, para este autor es un rasgo particular de lo deseable socialmente incluso si ello resulta ineficiente<sup>22</sup>. De esta manera, la justicia se comporta como una especie de límite en la gestión de los accidentes, aquello que no puede ser superado incluso si la medida por tomar resulta económicamente eficiente.

Volviendo al propósito de la reducción de los accidentes en la responsabilidad civil, debe anotarse que el análisis de Calabresi (1984, pp. 55 y ss.) procura presentar las circunstancias en las que podría haber una mejor asignación de recursos, cuando los costes de transacción son demasiados altos, prohibitivos o nulos, como es el caso de los accidentes y los daños sujetos a reglas de responsabilidad extracontractual.

En ese orden, la propuesta de Calabresi coincide esencialmente con la de Coase. Ciertamente, los daños no siempre deben ser internalizados por su productor, y no todas las veces se requiere que el Estado intervenga. Aunque pueda parecer un tanto complejo, se trata básicamente de las reglas de mercado en las que los sujetos puedan acordar la solución más eficiente ante un escenario donde se presenta una pérdida.

Ahora bien, para Calabresi y Melamed (1972, p. 4) la asignación de estas reglas se basa en una decisión jurídica, y de allí la manera correcta de establecer reglas para su protección, bien sean estas de propiedad, responsabilidad e incluso de no negociabilidad, como lo explicitan los llamados derechos inalienables. Esta protección o titularidad de los derechos es una decisión que compete a la autoridad normativa. Para Calabresi y Melamed (p. 5) se trata de un conflicto de intereses en el cual el Estado debe tomar la decisión sobre los intereses que va a priorizar, teniendo en cuenta si el contexto en que operan los agentes es de bajos o altos costes de transacción.

Así las cosas, cuando se impone una regla de responsabilidad como forma de tutela de un determinado interés, es el Estado quien establece cuál debe ser

---

22 Calabresi (1984, p. 43) ilustra este punto así: "La forma en que reaccionamos ante los accidentes no depende exclusivamente del modo en que se afecta nuestro bolsillo. Si así fuera, dudo mucho de que aceptáramos los accidentes que se producen en los cruces de las vías férreas por el mero hecho del excesivo gasto que comportaría la eliminación de los pasos a nivel y que, en cambio, no vacilaríamos en gastar todo lo necesario para salvar la vida de un hombre determinado, atrapado en una mina de carbón".

objetivamente el valor que se va a restituir por la transacción forzosa por el accidente, a fin de evitar que sean las propias partes las que subjetivamente definan el coste, tal y como ocurriría con un contrato sobre un bien objeto de negociación.

Por esta razón, los accidentes siempre tienen un valor “objetivo” definido *ex ante*, no siendo ni más ni menos que la magnitud de la pérdida sufrida. Ello permite contar con la información necesaria sobre cuáles son las medidas eficientes que deben emplearse para evitar los daños y, en ese mismo orden, los casos en que debe declararse la responsabilidad a un agente determinado.

Con todo, el análisis económico del derecho tiene como objetivo general lo que puede denominarse como la maximización de la riqueza social. Aunque se le puedan asignar otros propósitos, la fuerza del discurso en Calabresi se alinea en este punto, pues las herramientas de la economía pueden ayudar a construir un modelo en el cual, como sociedad, se pueda evitar la asignación ineficiente de las pérdidas. Al fin y al cabo, las reglas de la responsabilidad extracontractual pueden incidir en el nivel de accidentalidad y dar una respuesta a la cuestión de cómo una sociedad debe ocuparse de este tema.

A modo de conclusión, la propuesta de Calabresi puede catalogarse como global, sistemática y útil para alcanzar los fines económicos propuestos por este autor. Por otra parte, puede aquí captarse la primera clase de objetivos que Coleman denomina económicos, pero que no son necesariamente propios de la responsabilidad extracontractual<sup>23</sup> y pueden ser ubicados dentro de algo más abstracto como lo es la gestión de riesgos (Coleman, 2010, pp. 205 y ss.). Así, los propósitos del derecho de daños relativos a la gestión eficiente de los accidentes.

### **Apuntes metodológicos del instrumentalismo y formalismo del derecho privado**

El derecho privado puede ser una forma de alcanzar algún propósito. De hecho, puede que la estructura del derecho privado no se encuentre debidamente adecuada y requiera de alguna reforma legal que permita alinear mejor su estructura.

O bien, el derecho privado es un fenómeno que no puede ser visto a la luz de objetivos externos, pues hacerlo somete a los conceptos y las instituciones que lo

.....  
23 Con todo, esta teoría es objeto de importantes reproches. Así por ejemplo, una de las críticas formuladas al análisis económico del derecho consiste en su incapacidad de explicar la bilateralidad en el derecho de daños, es decir, la relación que existe y vincula al demandante con el demandado; aunque se han presentado explicaciones sobre este punto, ninguna resulta enteramente satisfactoria. Véase Zipursky (2000, p. 457).

conforman a tensiones que desnaturalizan la práctica e incluso la llevan a convertirse en otra clase de figura.

Frente a este punto consideramos que estas dos propuestas de estudio del derecho privado no son formas rivales de llegar a su conocimiento. Efectivamente, preguntarse ¿qué es la reparación de los daños?, no es lo mismo que preguntarse ¿de qué manera puedo reducir los costes de la reparación de los daños?

Mientras la primera pregunta formulada a modo de ejemplo invita al jurista a realizar un ejercicio basado en la especulación y el análisis de los conceptos que conforman esa práctica, e incluso adelantar una actividad reconstructiva de los conceptos, para el caso de la segunda pregunta se le pide establecer las condiciones en las que una determinada práctica del derecho privado pueda llegar a ser más eficiente o socialmente deseable.

En este punto, los métodos conceptuales propios de los esquemas formales del derecho y de aquellos que privilegian el derecho privado no son propiamente rivales de los métodos funcionales. Ciertamente tienen preguntas de investigación totalmente distintas.

La confusión, como bien advierte Papayannis (2014, p. 369) en su obra *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, deviene de haber asumido como propósito cualquier clase de objetivo de la práctica. Para explicar mejor este punto, sea lo primero recordar que las investigaciones pueden ser evaluativas y normativas.

Son evaluativas aquellas que buscan determinar el grado en que las condiciones de un objeto permiten la realización de un objetivo determinado. Son normativas aquellas que buscan establecer cómo *deben* ser las prácticas ante a un determinado propósito. Frente a estas últimas, los teóricos están más inclinados a realizar un ejercicio que permita reconstruir la práctica en términos normativos como implementación de algún principio de justicia, por ejemplo.

Dicho esto, los objetivos que puedan trazarse sobre una institución jurídica no son por sí mismos propósitos de dicha institución. Permitámonos una breve analogía: un profesor podría tratar de indagar con sus estudiantes acerca del propósito del corazón; aquí podrían saltar diversas apreciaciones. Por ejemplo, sostener que el corazón tiene como propósito ser el parámetro objetivo como signo vital, o el que permita establecer cuando una persona se enamora de otra. Puede que alguien con atino realice una descripción de la forma de este órgano y la manera

en que se relaciona con el cuerpo, y señale que su propósito es el de bombear la sangre por todo el cuerpo permitiendo el desarrollo de otras actividades necesarias para la subsistencia.

Puede decirse que el corazón sí permite establecer cuándo una persona está viva, e incluso que el aumento en la frecuencia pueda tener que ver con los sentimientos que tenemos con otros seres. Nadie dudaría en aceptar que el corazón *sirve* para este fin. Lo que no se aceptaría frente a estas dos últimas apreciaciones, al no ser esto plausible, es que se trate del propósito del corazón (Papayannis, 2009, p. 376).

Lo que queremos ilustrar es que los análisis funcionales del derecho privado no buscan fundamentar razones normativas, sino que establecen objetivos socialmente deseables, y mediante alguna estrategia de análisis buscan establecer la forma en que se alcanza o no este objetivo.

De hecho, se advierte que cuando las investigaciones funcionales tratan de pasar como análisis conceptuales tienen tremendos problemas. Un ejemplo de ello es el análisis económico del derecho que no es capaz de establecer la diferencia entre el acto incorrecto, o la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo en el derecho de daños, entre otros ejemplos (Papayannis, 2014).

En este punto no tenemos la intención de realizar un decálogo de las formas funcionales en las que se podría realizar una investigación de este tipo. Consideramos conveniente referir al capítulo dedicado a los antecedentes metodológicos del análisis económico del derecho, que se encuentra en esta obra.

En este punto podría decirse que los estudios formalistas son siempre normativos. En el caso del instrumentalismo sostendremos que será normativo solo cuando la investigación pretenda definir como propósito de una práctica un determinado principio de carácter normativo. En lo demás, toda investigación instrumentalista que no comprometa su estudio con la estructuración deontológica de la práctica, será funcionalista.

Frente a la forma de aproximación normativa del derecho privado parece pertinente llamar la atención acerca de que las estrategias más comunes para este tipo de investigación son los estudios conceptuales que tienen como propósito *comprender* una práctica jurídica o descubrir las razones que *justifican* dicha práctica.

Para tal empresa resulta importante considerar que las investigaciones normativas del derecho privado, tal como lo sugiere Coleman (2010, p. 31), buscan revisar la forma en que se desarrolla una práctica jurídica conforme a las normas inherentes a la misma y siendo estas normas aceptadas reflexivamente por todos los miembros de la práctica.

Aspectos relacionados con las razones normativas de por qué los contratos son racionales y, por tanto, resultan vinculantes a las partes, o por qué deben anularse las pérdidas injustamente causadas, son algunos de los ejemplos de esta aproximación.

Precisado esto, el teórico puede tomar dos caminos para la reconstrucción normativa de la práctica.

El primer enfoque corresponde al método *top-down*: en este el teórico comienza con un conjunto de normas candidatas y que serían aceptadas reflexivamente. Señala Coleman (2010, p. 31) que la aceptación vendría de quienes asuman el punto de vista interno de la práctica. Después de ello, se toma la rama del derecho que se pretende indagar y luego realiza un ejercicio de reconstrucción de esa práctica con las normas antes anotadas.

Según Coleman (2010, p. 31), los teóricos que emplean este enfoque tienen dos retos, a saber: el primero en encontrar que los principios o las normas identificadas satisfacen una caracterización de aceptación reflexiva, y lo segundo, establecer cómo la práctica es una expresión de esas normas o principios.

El segundo enfoque es conocido como *middle level*: en este el teórico se involucra en la práctica, en ella aprende de sus rasgos y características definitivas. Luego de ello, comienza a proyectar cómo esa práctica podría ser reconstruida por medio de ciertas normas o principios que sean fieles a la forma de la práctica. De esta manera se busca establecer cuál es el principio que proporciona una mejor explicación<sup>24</sup>.

Frente al estudio normativo del derecho privado existe una clasificación que es importante considerar. En primer término encontramos a los *monistas* del derecho privado quienes sostienen que las prácticas están soportadas en un único principio. Por su parte, se encuentran los *dualistas*, quienes afirman que las

24 Puede apreciarse en la investigación Coleman (2010) que, en uso de las formas expuestas, este autor empleó el método *top-down* para el estudio de los contratos y el *middle level* para el estudio de la responsabilidad extracontractual.

prácticas se encuentran soportadas en dos principios como aspectos complementarios de la misma (Hevia, 2013, pp. 14 y ss.).

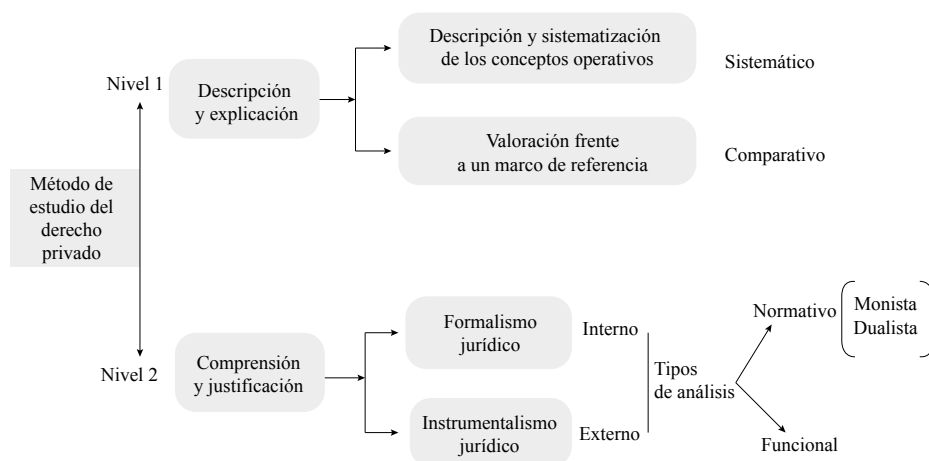
Frente a esta práctica, Weinrib (2012) sostiene que el principio inherente a la práctica es la propuesta de justicia correctiva desarrollada por este autor. Por su parte, Papayannis (2014) sostiene que para la correcta comprensión del derecho de daños, además de la justicia correctiva, se debe asumir también la formulación normativa de la justicia distributiva, en lo que este autor denomina los derechos y deberes de indemnidad.

## A modo de conclusión

En este capítulo se abordaron, en general, algunos aspectos de las metodologías para el estudio del derecho privado. Dentro de las categorías que hemos expuesto consideramos que existe una holgura suficiente para darle lugar a las diferentes versiones de la doctrina y dogmática clásica del derecho privado. Por su parte, interesaba más integrar dentro del escenario académico las investigaciones de tipo teórico-filosófico que trata el segundo nivel de investigación.

El propósito era el de presentar algunos apuntes metodológicos y las formas de análisis del derecho privado, es espera de que puedan ser capitalizadas por la comunidad académica y que, fruto de su trabajo, puedan revisarse textos que permitan repensar e indagar acerca del derecho privado como hoy lo conocemos.

## Anexo. Cuadro resumen de los métodos expuestos



## Referencias

- Calabresi, G. (1961). Some thoughts on risk distribution. *Yale Law Journal*, 70 (4), 500-553.
- Calabresi, G. (1972). *El coste de los accidentes*. Barcelona: Ariel.
- Calabresi, G. (1984). The costs of accidents. A legal and economic analysis. Yale University Press.
- Calabresi, G. (2013). Costos de transacción, asignación de recursos y reglas de responsabilidad. *Ius et veritas*, 47, 36-47.
- Calabresi, G. y Melamed, D. (1972). Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One view of the cathedral. *Harvard Law Review*, 85.
- Coase, R. (2000 [1960]). El problema del costo social. En A. Roemer, *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Coase, R. (2009 [1937]). La naturaleza de la empresa. En A. Roemer, *Derecho y Economía: una revisión de la literatura* (pp. 558-575). México: Fondo de Cultura Económica.
- Coderch, P. S. y Gómez, C. (2005). El derecho de daños y la minimización de costos por accidentes. *Indret Revista para el análisis del Derecho* (274), 1-23.
- Coleman, J. (2010). *Riesgos y daños*. Barcelona: Marcial Pons.
- Gianmaria, A. (2010). *Sistemas jurídicos comparados: lecciones y materiales*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Gordley, J. (2006). *Foundations of private law*. Oxford, UK: Oxford Univesity Press.
- Hart, H. L. A. (1994). *Concept of law* (2ª ed.). Oxford, UK: Oxford Univesity Press.
- Hattenhauer, H. (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel.
- Hevia, M. (2013) *Reasonableness and Responsibility: A theory of contract law*. New York: Springer.
- Holmes, O. W. (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 10.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Mazeaud, J. (1969). *Derecho civil: obligaciones, el contrato, la promesa unilateral*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Papayannis, D. (2009). *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*. Buenos Aires: Ad hoc.
- Perry, S. (2001). "Hart". *Methodological Positivism*. Oxford: Oxford University Press.
- Polinsky, M. (2011). *An introduction to law and economics* (3 ed.). New York: Wolters Kluwer.
- Posner, R. y Landes, W. (2012). *Una teoría económica de la responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Roca, E. (2000). *Derecho de daños, textos y materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch



•Apuntes metodológicos para la comprensión y el estudio del derecho privado•

Ross, A. (1957). *Tú-Tú*. Harvard University Press.

Wallace, R. (2006). *Cómo argumentar sobre la razón práctica* (vol. 53). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Weinrib, E. (2012). *The Idea of private law*. Oxford, UK: Oxford University Press.



## CONCLUSIONES

En relación con el problema de investigación formulado, en el desarrollo de esta obra se produce, de manera parcial, un acercamiento a la exposición de métodos de investigación jurídica, tomando como marcos operativos: el punto de vista interno, el externo, la teoría de la argumentación jurídica, la semiótica jurídica, los positivismos jurídicos incluyente y excluyente, la técnica legislativa, el análisis económico del derecho, y el derecho privado desde los puntos de vista formalista e instrumental.

El eje transversal de los marcos operativos adoptados en el libro se ubica en los problemas de racionalidad del derecho. Ello implica que el investigador en derecho es un agente que metódicamente formula incógnitas acerca de la racionalidad de los procesos, los procedimientos, las normas, los proyectos de ley, el lenguaje normativo, las decisiones judiciales, los conceptos jurídicos y la práctica del derecho.

Para propender por la práctica de la investigación académica en el mundo del derecho resulta necesario que el agente investigador, atendiendo a los problemas de racionalidad, determine desde qué nivel de análisis procederá, delimitando si la forma de su investigación cobra vida desde el análisis interno o desde el análisis externo.

La elección del investigador confluirá en: i) investigaciones que atienden al aspecto normativo del derecho; ii) investigaciones que atienden al aspecto

fáctico; iii) investigaciones que atienden a problemas normativos y fácticos (análisis externo).

Al respecto, las investigaciones que atienden al aspecto normativo, se ha demostrado, colindan con los niveles de calificación de validez y vigencia, y con las investigaciones dogmática y hermenéutica. Aquellas que colindan con el aspecto fáctico del derecho se desarrollan desde los niveles de calificación de eficacia y sus subformas, junto con la investigación sociojurídica. Sin embargo, aquí el análisis económico del derecho como método de investigación recoge elementos metodológicos de la sociología del derecho (lo fáctico) y la teoría jurídica (antiguamente dogmática jurídica). En una categoría aparte constarían aquellas formas de investigación jurídica que, recurriendo al principio de falsación e investigación revolucionaria (Ecco), pretenden la construcción o reconstrucción de conceptos jurídicos dados para la práctica del derecho.

Esto demuestra que la dicotomía entre punto de vista interno-punto de vista externo, propia de la metodología de la investigación, se traslapó al lenguaje de la investigación jurídica (aspecto normativo frente a aspecto fáctico). Pero el triunfo metodológico del análisis externo (varios niveles de análisis confluentes en una misma investigación) permite concluir que en los procesos de investigación jurídica, al mezclar varios niveles de análisis, confluyen diversos tipos de investigación y, por tanto, varios métodos donde resulta triunfante el dualismo metodológico.

Ello implica una necesaria reconsideración de las categorías punto de vista interno y punto de vista externo, y contemplar la posibilidad de que ambas confluyen en un único punto de vista, en la medida que los procesos de investigación en materia jurídica requieren el uso correlacionado de métodos, tipos de investigación y niveles de análisis; ejemplo de ello es la técnica legislativa como metodología jurídica, entre tanto, en ella coexisten niveles de racionalidad legislativa propios de los puntos de vista interno y externo; por ejemplo, racionalidad jurídico formal-racionalidad pragmática.

La pretensión de una semiótica jurídica es la construcción de un lenguaje semióticamente válido que dé cuenta de las relaciones lingüísticamente posibles en la estructura y función de ese sistema científico, partiendo para ello de unas proposiciones iniciales, a la luz de las cuales se permita una deducción de las proposiciones que conforman el corpus de esa ciencia. Sin embargo, la construcción

de ese modelo tiene otra pretensión básica: la formulación de un cálculo de deducción más allá de las experiencias previas del sistema, que busca prever formas lingüísticas futuras que incidan en el mismo, manifiesto en esa relación de necesidad que, a lo sumo, determina la pertinencia de los símbolos usados en dicho cálculo.

Así las cosas, la deducción semiótica como método propone:

1. Una deducción, momento a momento, de nuevas proposiciones vinculantes al estudio de la ciencia jurídica.
2. En la medida en que el cálculo sea más y más específico, permitirá una ampliación del objeto de la ciencia a estudios más allá de los inicialmente contemplados.

El paso siguiente fue la construcción de significados a partir de la triada de la relación sónica: signo, tercerización y significación, en donde se permite la calificación de los lenguajes con el fin de superar los vicios lógicos de la construcción lingüística del derecho.

La pretensión del artículo giró en torno a tres modelos de operación de lenguajes ideales: la conmensurabilidad, que se definió como una mera identificación de elementos comunes entre conjuntos modelo operativos; la reducción, que se entiende como la operación de plantear un determinado lenguaje común entre conjuntos o sistemas operativos, y que permite amplificar el espectro de operaciones propias del sistema, y la traducción, que es una operación de cierre, en donde a pesar de haber interacción de operaciones, la cláusula operativa de cada conjunto especifica las operaciones comunes en variables de su propio lenguaje operativo. Estos modelos darían lugar a uno más genérico: el modelo de realidades, cuya pretensión inicial permitiría la explicación de cómo podría ser operativo un sistema contrafáctico sin necesidad de ser modélico: solo basta con una caracterización de la expectativa contrafáctica que quiera hacerse operativa, estructurar el lenguaje determinado, jugar con las variaciones en el tipo de lógica propuesto, y, al final, desde el modelo axiomático-deductivo, el lenguaje será operativo.

Por otro lado, la validez del razonamiento lógico sobre normas se puede analizar en forma de razonamientos diádicos o tríadicos que posibilitan el surgimiento de reglas de reducción en los modelos lógicos que se encargan de analizar el derecho. Así pues, es imposible seguir comprendiendo modélicamente el estudio

normativo desde lógicas modales separadas de manera dogmática, se hace necesario reducirlas mutuamente, y compaginarlas en análisis lógicos más acordes con la realidad jurídica. Es precisamente en el modelo de realidad donde se compaginan las reducciones, porque estos modelos tienen la peculiaridad de que extienden los razonamientos lógicos al nivel de ser fundantes de nuevas formas de estudio semiótico, sistémico y lógico del derecho.

Sobre la metodología y el método de la ciencia legislativa cabe resaltar la disminución del principio de legalidad como única fuente metodológica, ya que gracias al fenómeno de la constitucionalización del derecho la cantidad de fuentes en el componente genético ha aumentado de manera considerable. De hecho, la aparición de tribunales constitucionales permitió controlar axiomáticamente la función productora de normas en su contenido. La evolución en la metodología de la ciencia legislativa no es fortuita, responde a los grandes cambios sociales e históricos que permearon la evolución del concepto de Estado. Ejemplo de ello, el fortalecimiento del control legislativo por parte de los tribunales constitucionales, es una respuesta al desprecio de la dignidad humana que caracterizó a los ordenamientos jurídicos de la primera mitad del siglo XX, los cuales permitieron genocidios como los ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial.

Gracias a lo expuesto por Atienza y sus criterios de racionalidad es posible vislumbrar la actividad legislativa como una ciencia propiamente dicha, donde sus proposiciones protocolarias son las normas mismas, ya que estas últimas deben lograr satisfacer criterios de coherencia lógica para el funcionamiento armónico del sistema jurídico (perspectiva interna), como poder influir eficazmente en la conducta de los sujetos normativos para solucionar problemas sociales (perspectiva externa). Solo que estos últimos serán operados a nivel teórico y práctico de manera paralela por la ciencia legislativa, y no se quedan en la forma descriptiva típica de la sociología del derecho. Sin embargo, algunos insumos proporcionados por esta rama de la sociología sirven para que el legislador, en su labor investigativa, pueda formularse preguntas-problema que necesitarán ser resueltas desde un aspecto deóntico.

La metodología de la ciencia legislativa se desarrolla para lograr solucionar dos tipos de problemas investigativos: i) problemas de perspectiva interna y ii) problemas de perspectiva externa. Los primeros buscan que el sistema jurídico pueda funcionar correctamente, y supere la concurrencia paralela de soluciones

•Conclusiones•

para cuestiones antinómicas, redundantes y de vacíos normativos que impiden su correcta articulación sistémica. En cambio, los problemas de perspectiva externa son aquellos propios de toda comunidad histórica, que busca superarlos mediante un ordenamiento jurídico coherente con su realidad social. Sobre el método específico, este dependerá de los procedimientos establecidos para la producción normativa de las constituciones de cada país. Es decir, a diferencia de la unidad conceptual que se puede formular en la metodología de la ciencia legislativa respecto a su método, este dependerá de cada país.

En mérito de lo expuesto, en la pregunta por el método la investigación jurídica emplea, entre otros métodos de investigación, los siguientes:

Lógico-matemáticos	Jurídicos	Políticos	Económicos	Sociales	Semióticos (Análisis del lenguaje)
Deductivo	Ponderación	Comparativo	Estadístico	Cuantitativo	Analítico
Inductivo	Análisis económico		Futurología	Cualitativo	Sintético
Abductivo	Interpretación gramatical			Triangulación	Analítico-Sintético
Dialéctico	Interpretación teleológica			Crítico	Paráfrasis
Sistemático	Interpretación contextual			Estudio de caso	
	Interpretación sistemática				



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
de Colombia

Editado por Universidad Católica de Colombia  
en junio de 2018, en papel propalibros de 75 g, en  
tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital  
Hipertexto Ltda.

Impreso por:  
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia



LA PREGUNTA POR EL  
MÉTODO: DERECHO Y  
METODOLOGÍA  
DE LA INVESTIGACIÓN

5

En el lenguaje de las ciencias los procesos de investigación se desarrollan con la finalidad de generar nuevos conocimientos. En el caso de la metodología de la investigación jurídica, el acoplamiento del paradigma epistemológico dominante al campo del derecho acaece con la pretensión de reordenar el conocimiento jurídico para dinamizar las instituciones jurídicas y proponer nuevos conceptos jurídicos operativos; actividad que implica el uso transversal de métodos de investigación, rastreados desde y por fuera del derecho, lo que da lugar a procesos de investigación jurídica donde se pregonan los aspectos normativo, fáctico, social y político del derecho.

En este libro, superando la construcción de una metodología de la investigación jurídica apegada al desarrollo propedéutico del método científico, se conjugan los procesos de investigación científica en el conocimiento jurídico con los postulados de la metodología jurídica. Dicha relación es desarrollada por los autores desde un enfoque interdisciplinar. Para ello, en beneficio de los agentes investigadores, ahondan en la pregunta por el método en los procesos de investigación jurídica desde la lógica, la teoría jurídica, la racionalidad legislativa, el análisis económico del derecho, la argumentación jurídica, y la visión formalista e instrumental de derecho privado.

La obra aboga por la necesidad de un dualismo metodológico y el uso articulado de diversos métodos de investigación, lo que da lugar a una nueva triangulación de métodos entre las disciplinas que conforman las ciencias sociales.



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

